Adam Friedrich Glafeys,
PHIL. & J. V. D.

Grund-Sätze der Bürgerlichen Rechts-Gelehrsamkeit

Durch die gesunde Vernunfft, die Römischen und Teutschen Antiquitæten von ihren Schlacken gesaubert, und nach Ordnung

Der

INSTITUTIONUM

zu nützlichen Gebrauch eingerichtet,

Nebst einem Register.

LEIPZIG,
Zufinden bey Johann Grossens Erben
M DCC XX.

Dem
Magnifico Hoch-Edlgebohrnen Vest und Hochgelahrten Herrn,

HERRN

Gottfried Langen,

JCto, Sr. Königl. Maj. in Pohlen und Churfürstl. Durchlauchtigkeit zu Sachsen würcklichen Hoff- und Justitien-Rath, des Chur- und Fürstlichen Ober-Hoff-Gerichts und Consistorii zu Leipzig hochverordneten Assessori, des Grossen Fürsten-Collegii Collegiato, und dermahligen regierenden Burgemeister rc. rc.

Meinem hochzuehrenden Herrn.

Magnifice,

Hoch-Edlgebohrner, Vest, und Hochgelahrter,

Hochgeehrtester Herr Hoffrath 2c.

DJe Ursache, warum Euer Magnificenz gegenwärtiges geringschätziges Büchlein unbekanter weise zu dediciren mich unterstanden, ist diese, daß ich niemand kenne, welchen ich, von selbigen urtheilen

len zu können, geschickter erachtet. Nicht als wenn der kurtze Inhalt desselbigen so tieff, und nachdencklich wäre: sondern weilen die meisten ihre Rechts-Gelehrsamkeit auf eine passionirte Art studiren, und daher durchaus nicht leiden können, wenn man nicht nach Handwercks-Brauch von denen Rechts-Materien urtheilet. Im Gegentheil bin ich bey mir selbst überzeugt, daß Euer Magnificenz nach Dero Welt-üblichen und gepriesenen Gelehrsamkeit, besonders nach so langen Hof-Brauch die Sachen mit gantz andern Augen ansehen, und nicht nach dem gemeinen Beyfall, sondern nach ihrem rechten Werthe zu schätzen wissen. Alldieweilen nun gegenwärtige Blätter nicht nach dem gemei-

nen Wahn geschrieben, und dahero bey denen eyfrigen Anbehern des Justiniani sich schlecht recommendiren dürfften: So habe an Euer Magnificenz einen billigern Richter suchen wollen, in der gewissen Zuversicht, dieselben werden ein gelinderes Urtheil davon fällen. Solten noch darzu diese Blätter so glücklich seyn, und etwas in sich halten, welches einige Geneigtheit bey Euer Magnificenz gegen meine wenige Person zu wege bringen könte: So würde mich recht glücklich schätzen, und das Vertrauen schöpffen können, durch Dero kräfftiges Patrocinium wider meine Neider sicher zu seyn. Denn ich kan mir leichte das Prognosticon stellen, daß, da ich ein Fremdling bin,

bin, und noch darzu nicht nach anderer Leute Sinn agiren und lehren will, ich bey so starck überhandnehmenden Nepotismo Academico freylich viel Neider und Feinde finden werde, zumahl wenn ich künfftig hin durch unermiedeten Fleiß in Schreiben und Lesen einigen den Schlaff aus denen Augen wischen, und sie wider ihren Willen wachend machen solte. Mehr mag ich diesesmahl nicht schreiben, sondern will nur Euer Magnificenz selbst der vorigen Zeiten erinnern, und dabey Dero kräfftiges Patrocinium mir ausbitten. Ich meines Orts verspreche alle Pflichten eines getreuen Clientens in acht zu nehmen, und wo mir es sonsten an Kräfften ermangeln solte, zum wenigsten ei-

nen præconem Dero grossen Gelehrsamkeit und Welt-Erfahrenheit abzugeben, der ich in aller Ergebenheit bin

Euer Magnificenz

Meines hochgeehrtesten Herrn Hofraths

Leipzig, den 1. Nov. 1719.

gehorsamster Diener

D. Adam Friedrich Glafey.

Vorrede.

Geliebter Leser.

Unter denen vielen Sortimenten von Juristen, so ich in Teutschland auf so verschiedenen Academien habe kennen lernen, sind mir sonderlich zweyerley Gattungen in die Augen gefallen, und nach reifer Uberlegung ein wenig seltsam vorgekommen. Das eine sind die Leib-Trabanten des Triboniani, welche gerne sähen, wir legten unsere teutschen Schuhe ab, und zögen Römische Stifelletten an, oder lies-

liessen denen Herrn über ihre Leibeigene die Gewalt, selbige schlachten und nach Art der Römer die Forellen damit füttern zu dürffen. So gar sind diese Leuthe in die latein. Gewohnheiten verliebt, daß ihnen gleich die Galle überläufft, und ein Bauchweh ankomt, wenn sie hören, daß Leuthe in Teutschland aufstehen, welche den Tribonianum nicht mehr vor infallible wollen passiren lassen. Da sollen im Corpore Juris keine Antinomien seyn, wenn man sie auch mit des Diogenis Laterne am hellen lichten Tag suchen wolte, und es thäte Noth man glaubte gar diuinam Inspirationem bey denen alten Heydnischen Römern. Da giebt man sich Mühe alle leges obstantes auf das aller subtilste zu conciliiren, und wenn mans darnach list, so reimet sichs wie eine Faust auf ein Auge. Die Ursachen dieses Irrthums scheinen mir diese zu seyn, daß diese Leute keine gesundte Philosophie im Kopff und daher Mangel an einer guten Hermenevtique und dem vernünfftigen Rechte haben, auch weder den Staat von

Rom

Rom noch Teutschland kennen, welches doch die Capital Schlissel zu denen innersten Geheimnissen der Jurisprudenz seyn. Andere hingegen verfallen auf das andere extremum und meynen das Corpus Juris sey nichts mehr nütze, als daß man Pfeffer Düten daraus mache, oder alten Käse darinnen verkauffe. Da soll das Römische Recht in Teutschland nie durch öffentlichen Befehl angenommen seyn, und das Corpus Juris soll nicht mehr gelten als die Gesetze der Hottentotten und Calmucken. Sie zermartern die Reichs Gesetze anff das allererbärmlichste und suchen alle Kleinigkeiten aus allen Winckeln der Welt zusammen, um nur zu beweisen, daß unter denen Käyserlichen gemein beschriebenen Rechten, das Römische Gesetz-Buch nicht verstanden werden könne. Sie sähen gerne, daß der heutige Käyser Friedrich der III. hieße, und alle Römische Juristen aus Teutschland verbannete. Ja ich glaube daß mancher JCtus von denen, die heut zu Tage einen so grossen bruit in der Welt machen

chen dem Boten gar gerne einen neuen Rock zum Trinckgeld würde machen lassen, der ihm von seinem Ober-Herrn den Befehl bringen würde, daß er den Tribonianum zusamt dem Corpore Juris aus der Stadt und zum Lande hinaus weisen solte. Und ich weiß nicht was mancher drum gäbe, wenn er die alten Feuer und Wasser Proben der alten Teutschen in die judicia wieder einführen und die Kampf Gerichte wieder mode machen, oder es zum wenigsten dahin bringen könte, daß man den Kindern in den Schulen von der zartesten Jugend an den Sachsen Spiegel an statt des Catechismi auswendig lernen ließ. Ich halte es mit keinen von beden sondern lasse das Römisch Canonische - Longobardische Recht bey seinen usu fori, möchte aber doch gerne ein wenig säuberlich mit den Knaben Absalon verfahren wissen. Ich will sagen, daß man den eigendlichen Verstand dieser Rechte aus dem Zustand ihrer Republiquen und Staaten erkenne, und bey der Applica-

tion

tion derselben auf Teutschland ein und allewege den Unterschied der Teutschen territoriorum vor Augen nehme. Dieses alles etwas gründlicher zu beweisen, so ist die erste Bemühung eines JCti daß er den rechten Verstand eines Gesetzes wiße, weil er ohne diesen weder von dessen Thunlichkeit urtheilen, nach die vorfallenden Händel der Welt darnach ausmessen kan. Das Gesetze ist eine Elle, wornach der Menschen Thun und Lassen ausgemessen werden muß, welches so wohl der Burgemeister auf dem Rath-Hauß, der Scheppe in seinem Urtheil-Spruch, der Advocat in seinen Satze, als auch der Theoreticus in seinen Schrifften und Collegiis verrichten kan. Es komt aber mit dem Verstande eines Gesetzes nicht darauf an, daß man die Worte in ihrer Lexicalischen Bedeutung wisse sondern man mus die Ursache kennen warum die Rechte dieses und jenes verfasset, sintemal die ratio in der That anima legis ist. Selbst die Alten haben solches erkant, und steht im L. 17. ff. de Legibus; non hoc

est

est leges scire, verba earum tenere, sed *vim* & *potestatem* legis. Denn da ist ohnmöglich die Worte eines Gesetzes allemal so gut zusetzen daß nicht ein zwey deutiges mit unterlauffe, oder der Wort Verstand enger und weiter gerathe, als die intention des Gesetzgebers gewesen. Wann den nun die motiven so ein legislator bey einer Verfügung gehabt, desselbigen intention und Absicht gar mercklich verrathen, so folget gantz vernünfftig, daß die Ursache eines Gesetzes der beste Schlissel sey hinter einen Verborgenen und danckeln Verstand eines Gesetzes zu kommen Nur läst sich fragen, wo man die wahren Ursachen eines Gesetzes erfahre, welches generatim nicht besser beantwortet werden mag, als wenn man einen den modum procedendi, so man bey einer Gesetz-Gebung braucht, ansehen heist. Offt giebt einem Legislatori ein neuer Zufall, eine ausschweifende That, eine hereinbrechende Noth, oder andere Staats-Angelegenheit occasion eine Verfassung zu machen, welche viel weit-

weitläufftiger ist, u. mehr begreifft, als der casus emergens mit sich bringt, daher man nicht eben schliessen kan, daß die causa impulsiva, und dasjenige was zu einem Gesetze Gelegenheit gegeben, allemal die wahre Ursache desselbigen abgebe: obwohl nicht zu läugnen, daß solche Umstände öffters selbst die ratio legis seyn. Znm wenigsten geben sie allerley gute Muthmassung in Entstehung einer gewissern Nachricht auff dem mentem legis zuschliessen, welches schon genug ist, nachdem die gantze Hermenevtique auf lauter Wahrscheinlichkeit ankomt. Offt giebt einem Gesetz-Geber etwas Gelegenheit eine Verfügung zu thun, welches er die Leute nicht will wissen lassen, darum setzt er entweder gar keine, oder doch eine schlechte und wohl gar falsche Ursache hinzu. Daher wiederum kein gewisser Schluß ist, daß die ausdrücklich in lege stehende ration die rechte und einige seyn müste. Uberhaupt aber ist die Art der Menschen, daß sie bey ihrer Rede sich nach dem Zustand ihrer Person, der Zeit, und

ihrer Umstände richten, dahero man bey der Rede eines legislatoris allerdings auf seinen Zustand sein pouvoir, die Einrichtung seiner Republique und andere Umstände ein genaues Auge haben muß, weiln ein jeder bey seiner Rede oder Gesetze stillschweigend dahin verweist. Die Sache mit einen Exempel zu erklären, so wird einer nimmermehr verstehen, warum zu Rom dasjenige eine Gewohnheit hieße, was Consensu utentium approbirt war, wo er nicht weiß, daß bey dem Volcke die potestas legislatoria anfänglich bestunde. Endlich muß ein legislator öffters etwas genauer einschärffen, und mit härtern Straffen verbiethen, was die Vernunfft schon verbothen hat, welches denn nothwendiger Weise aus der Vernunfft erkläret werden muß. Ich schlüsse daher gantz vernünfftig, daß eines Theils das vernünfftige Recht, andern Theils aber der Zustand der Republique, nebst dem, was Gelegenheit zu ein Gesetze gegeben, die rationem legis darreichen, und mithin den Verstand eines Gesetzes aufschliessen.

sen. Es giebt mir auch selbst der Imperator hierin Beyfall, wenn er §. ult. Inst. de J. & J. sagt, daß das Jus civile ihre andern ex præceptis naturalibus & civilibus zusammen gelesen sey, und ziele ich numehro die Consequentz, daß nimmermehr einer das jus Romanorum Canonicum, Longobardicum, und Germanicum verstehen könne, welcher den Staat von den alten Rom, die Maximen und das eigentliche Interesse der Päbstlichen Monarchie, wie auch den Zustand des alten Longobardischen Reichs, und Teutschland noch seine ehemahlige Beschaffenheit nicht kennet. Aus der Verabsäumung dieser nothwendigen Erkäntniß kamen hernach solche abgeschmackte eingesalzene Schlüsse, da man alles aus dem jure Romano und Longobardico blutwenig auf Teutschland applicirt, ohne die diversitatem rationum und status zu consideriren, wiewohl die Juristen hier zur Antwort geben werden, daß dieses bey Einführung der fremden Rechte zu beobachten wohl nöthig gewesen wäre, numehro aber, da durch den

Usum fori denen meisten Gesetzen ihre Deutung gegeben worden, vergebens sey. Allein darauf dienet zur Antwort, daß nicht die meisten, ja nicht einmahl die Helffte derer Gesetze durch die interpretationem usualem ausser Zweiffel gesetzt, sondern es grossen Theils noch auf das ratiocinium JCtorum ankommt, bey welchen Umständen ja ein jeder ehrlicher Mann die Hoffnung hat, so viel autorität unter den Gelehrten zu erlangen, daß auf seine Interpretation auch gesehen wird, und selbige einen Beyfall erlange. Sodenn wäre es auch nicht gut, wenn der liebe GOtt aus allen Juristen nur Advocaten machen wolte, sondern es müssen auch solche seyn, welche an die potestatem legislatoriam und Ausbesserung der so sehr verdorbenen Jurisprudenz Hand anlegen, diese müssen die Fehler der Interpretationis usualis, und die andern Gebrechen der Rechts-Gelehrsamkeit kennen, wozu ein gantz incomparable Mittel ist, daß man den unterschiedenen Zustand von Rom und Teutschland überall vor Augen

nehme,

nehme, so wird offenbahr in die Augen fallen, wie grosse Gewalt unsere Juristen unsern teutschen territoriis und Moribus an thun, und wie sie die leges Romanas mit den Haaren herbey zerren. Dergestalt hat ein redlicher Docent nicht nur in seinen Collegiis dahin zusehen, wie er practicos und Richter, sondern auch wie er Leute machen will, welche an das regale der potestatis legislatoriæ mit angreifen können. Jedoch ist nicht genung bey fremden gesetzen daß man ihren eigentlichen Verstand erforschet, sondern man muß nun auch zusehen, ob es sich nach dem jetzigen Zustand Teutschlandes will thun lassen. Ich will mich mit einem Exempel erklären. In dem L. 2. ff. de Off. Proc. stehet ausdrücklich, daß ein Richter die Jurisdictionem voluntariam zu Rom auch ausserhalb der ihn anvertrauten Provintz üben möge, welches zu erlauben einem Römischen Käyser wohl freystunde, welcher damahls alle Römische Provintzen unter seiner absoluten Botmäßigkeit hatte, und die Jurisdi-

ction nach seinen Gefallen ordnen konte wie er wolte. Da aber die teutschen Fürstenthümer und territoria gegen einander nicht anders als separatæ gentes anzusehen seyn: So ist v. g. ein Churfürst von Sachsen die actus Jurisdictionis voluntariæ in Leipzig von einen Bügemeister zu Nürnberg zu leiden so wenig schuldig, als selbige in Pariß von einen Voigte des Bischoffs von Costnitz passirt werden wollen. Gleichwohl schreyen unsere Juristen mit vollem Halse, das Jus Romanum sey hierinn noch in viridi observantia, und könne die Jurisdictio voluntaria auch extra territoria exerciret werden, welches aber in der That nichts anders heist, als durch sein privat Urtheil, einem Reichs-Stande vorschreiben, was er leiden soll und müsse. Ich habe von dieser materie eine besondere dissertation neulich allhier gehalten, welche freylich denenjenigen Leuten nicht hat gefallen können, welche zu des Triboniani seiner Leib-Fahne geschworen haben. Alleine mein Symbolum ist nil temere nil timide,

wo-

womit ich viele Menschen in der Welt habe auskommen sehen, wenn auch der gantze Schwarm der gantz- und halb-Gelehrten wider sie gewesen seyn. Ich habe daher in gegenwärtigen Werckgen keinen andern methodum gebraucht, als daß ich jedesmahl den Verstand der römischen Doctrin aus den Zustand der Römischen Republique und der Vernunfft aufgesucht, selbige hernachmahls mit den Zustand Teutschlandes zusammen gehalten, und die Thunlichkeit derselben angemercket, wobey es denn freylich nicht anders seyn können, als daß ich mich manchmahl ein wenig erzürnet, wenn ich gesehen, daß unsre Jurisconsulti öffters wieder alle raison eine Sache auf unsere fora appliciren, welche, mit denen übrigen principiis gar nicht harmoniret, und daher eine heimliche Contradiction machet. Habe ich es manchmal ein wenig zu bund gemacht, so will ich hiermit versprechen, daß ich es künfftig nicht viel besser machen werde. Inzwischen ist das Werckgen vor mein Audito-

ditorium geschrieben, wovor es ein jeder passiren lassen kan. Kommt Zeit kommt Rath, und wird dieses weder in jure civili noch in jure publico meine letzte Schrifft schwerlich seyn. Wannenhero den Leser biß dahin zur Gedult erweise, wenn er etwann in diesen wenigen Blättern keine Satisfaction antreffen solte.

Lebe wohl.

Erstes Buch,

Das I. Capitel

Von der Bürgerlichen Rechts-Gelehrsamkeit überhaupt.

§. I.

Eine iedwede disciplin hat ihre generalia und specialia. Jene kommen darauf an, daß man die Eigenschafften, wie auch den Zweck und die Nutzbarkeit einer disciplin erkennen lerne. Die specialia aber sind die Grundsätze und præcepta derselben selbsten.

§. II.

Dergestalt handelt der Käyser Justinianus gar vernünfftig, daß er in seinen Institutionibus erst eine general Betrachtung von der Natur, Zweck und Abtheilung der Rechts-

Gelehrsamkeit zum voraus schickt, bevor er die Befehle derselben selbsten erzehlet.

§. III.

Er beschreibt die Rechts-Gelehrsamkeit, daß sie sey rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia, welche definition von denen Auslegern gar sehr unterschiedentlich, und ie zu weilen gar sehr lächerlich ausgedeutet wird. Denn wann sie sprechen, die res divinæ wären die geistlichen, und die res humanæ die weltlichen Sachen, um welche beyde sich die Rechts-Gelehrsamkeit zu bekümmern habe, so reden sie zwar in so weit wahr, daß die Rechts-Gelehrsamkeit mit beyden zu thun habe, sie legen aber dabey an den Tag, daß sie die Kunst zu interpretiren, oder die Hermenevtique nicht gelernet.

§. IV.

Denn sonst würden sie eine Regul gefunden haben, daß man einen ieden redenden nach denen Principiis seiner Secte interpretiren müsse. Nun ist aber aus des Ciceronis Tusculanis bekannt, daß die alten Stoici die philosophie per rerum divinarum & humanarum notitiam zu definiren pflegten; und aus des Guilielmi Grotii seinem Tractat de vitis ICtorum in ff. extantium ist erweißlich, daß Ulpianus, welcher auctor von dieser definition besage der ff. ist, ein Stoiquer gewesen. Daher schliesse ich gantz

nnge-

ungezwungen, Ulpianus wolle durch diese definition so viel haben, daß ein ieder Anfänger der Jurisprudenz sich zu förderst eine philosophische Wissenschafft, das ist, eine Erkänntniß von GOtt und seinen Geschöpffen aus der Theologia naturali, physique &c. und so dann von denen Händeln derer Menschen aus der Sitten-Lehre, dem vernünfftigen Rechte, und der Klugheit, welches beydes die Stoici eben res divinas und humanas neñeten, anschaffen müsse, ehe er sich um die Lehre, was recht oder unrecht sey, zu bekümmern habe. Es sey aber schon genug, wenn er von der Philosophie nur aliqualem notitiam habe, von dem eigentlichen objecto der Jurisprudenz aber, dem justo und injusto, müsse er eine rechte zulängliche scientiam erlangen.

V.

Die Gelegenheit also zu definiren mag dem Ulpiano nicht allein die gesunde Vernunfft, sondern auch der damahlige Zustand der Erudition zu Rom gegeben haben, da man noch keinen Unterscheid unter den Facultæten machte, und die Philosophen eben diejenigen waren, so die Rechts-Gelehrsamkeit öffentlich lehrten, wenn sie von denen Käysern das privilegium erhielten. Eigentlich aber und wenn wier diese definition nach dem Aristotelischen verjüngten Maaß-Stabe ausmessen wollen, gehören die Worte; rerum divinarum & humanarum

notitia nicht hinein, sondern es wäre schon genung an den übrigen gewesen.

§. VI.

Noch deutlicher könte man alsdenn die Rechts-Gelehrsamkeit beschreiben, daß sie sey eine Wissenschafft derer Bürgerlichen Gesetze, und deren Application auf die vorfallenden casus.

§. VII.

Aus diesen discurs kan man lernen, 1) daß der Imperator in definitionibus und divisionibus nicht allemal richtig sey, wie ihm Herr Thomasius in diss. worinnen er sein exiguum ff. usum defendiret hat, zeiget. 2) Daß man eine Sache nicht auslegen müsse, wie es etwan gut klapt, oder sonsten sich reimt, sondern wie die Meynung des redenden gewesen, wenn man anders hinter selbige kommen kan. 3) Darzu ist die Hermeneutique ein vortrefflicher Schlüssel, deren Grund-Regeln man in des Herrn Thomasii Vernunfft-Lehre c. 3. in schöner Ordnung beysammen findet. 4) So erkennt man auch daraus, daß die Philosophia Stoica einen trefflichen Nutzen zur interpretatione legum Romanarum geben könne, weilen die meisten Römischen Juristen, aus welchen die ff. zusammen getragen, derselben zugethan gewesen, wie solchen Nutzen der Herr Prof. Otto zu Duisburg Anno 1715. in

einer

einer Oration de Stoica veterum ICtorum philosophia gar wohl gewiesen.

VIII.

Der Zweck der Rechts-Gelehrsamkeit ist, die Gerechtigkeit im Lande zu erhalten, nicht die innerliche, und so ferne sie als eine Tugend, oder Beflissenheit, sein Thun und Lassen nach denen Gesetzen anzustellen, beschrieben wird, welche der Juriste mit Galgen, Schwerdt und Rad, als denen äusersten einzigen Mitteln die Ruhe zu behaupten, nicht erhalten mag; sondern die äuserliche und Bürgerliche, da die Leute nur nach den Gesetzen einher gehen, sie mögen es nun aus Liebe zur Tugend, oder aus Furcht thun. Wenn es iedoch seyn will, hat die Obrigkeit Sorge zu tragen, daß die Bürger zur Gottesfurcht und Tugend angewehnet werden.

§. IX.

Occasione dieses Grund-Satzes gebe ich denen Anfängern der Rechts-Gelehrsamkeit diese consectaria zu bedencken: 1) Daß sie nunmehro leichte verstehen können, was Grotius mit seiner distinctione inter Justitiam personarum & actionum, oder wie es Herr Thomasius giebt, inter internam und externam, haben will. 2) Daß man erkennet, wie weit einer Obrigkeit Amt gehet, und warum man

es nicht allemal ihnen zu imputiren, wenn die Leute nicht tugendhafft seyn. 3) Daß man die Gottesfurcht mit Schwerdt und Feuer nicht fortpflantzen solle. vid. Dn. Buddeum diss. de Expedit. crucigeris in Selectis J. N. & G.

§. X.

Sonst distinguiren die ICti die Gerechtigkeit *in universalem*, welche alle Tugenden in sich begreifft, *& particularem s. civilem*, wenn iemand nach den Bürgerlichen Gesetzen gerecht lebt. Die letztere wird von ihnen wieder getheilet in *distributivam*, wo man ein Ansehen der Person hat, und *commutativam*, wo man ohne Ansehen der Person verfähret. Jener, der distributivæ, legen sie die proportionem Geometricam, dieser aber die Arithmeticam bey. Allein ich will alles verwetten, die Juristen wissen hier nicht was sie reden, wie ich denn noch keinen eintzigen gesehen, welcher sich recht hätte drein finden können, und will ich nur dieses darwider zu bedencken geben: 1) Es sind diese beyden distinctiones aus des Aristotelis L. 5. Ethicorum genommen, und in legibus selbsten nicht gegründet. Gleich wie aber die alten ICti fast alle Stoici gewesen, deren Lehre von der Tugend und denen affecten, wie Himmel und Erde von des Aristotelis seinen unterschieden; also siehet man wohl, daß die Römische Jurisprudenz sich nach dieser Elle schwerlich will ausmessen lassen. 2) Alle

Din-

Dinge in der Welt, wobey Personen concurriren, leiden auf gewisse Masse ein Ansehen der Person, auf gewisse Masse nicht. Wenn etwas unter ein Regiment zu theilen, bekommt freylich der Capitain mehr, als der Musquetier; Es kan aber auch ein Fürst auf etwas eine gewisse Belohnung setzen, welche der Vollbringer einer That bekömmt, er mag seyn wer er will, daß also die præmia bald ad justitiam distributivam, bald ad commutativam zu rechnen wären. 3) So ist auch die distinction inter distributivam und commutativam inadæquat, und begreifft weder die jura personarum noch sonst alles in sich. 4) Endlich wüßte ich keine eintzige controvers, so man durch diese distinction entscheiden könte, welche nicht aus andern Gründen viel deutlicher und besser entschieden werden könte. Dn. Thomas. not. ad Instit. T. 1.

§. XI.

Wir machen dabey die remarques: 1) Daß man nicht blind weg glauben muß, was die Juristen sagen, sondern man muß distinguiren, ob sie raisoniren, oder den usum fori erzehlen. In diesem Fall muß man ihnen, als Erzehlern, glauben, in jenem aber muß man die Sache an den Probier-Stein der Vernunfft anstreichen, so wird man finden, daß sie gar offt neben der Wahrheit weg raisoniren. 2) Daß man öffters ein Ding viel deutlicher

geben könte, welches von den ICtis obscur vorgetragen wird. Allein da gehet es denen Herren Juristen, wie denen Jägern; wenn diese nicht so viele obscure terminos artis hätten, würde ihre Kunst nicht halb so ansehnlich und auch nicht halb so schwer seyn.

§. XII.

Wir erkennen dabey den Verfall unserer Rechts-Gelehrsamkeit, glauben aber doch, daß das jus Romanorum zur Zeit das beste jus sey, und daß ein Mann nicht leichte ein besseres machen wird, wie der Herr Thomasius in einer besondern diss. de difficultatibus &c. selbst gestehet. Haben die Herren Hallenser, welche durch Königl. Befehle Versicherung hatten, daß ihre Arbeit nicht vergebens seyn werde, nach dem Geständniß des Hn. Thomasii, kein neues Corpus Juris zuwege bringen können; so werden es andere auch wohl bleiben lassen, und wird es bey dem Voto des Brandenburgschen Gesandten: sum sus, sut, es wär wohl alle gut, sed sum es, est, laß bleiben wie es ist gewest, wohl seine Bewandniß behalten.

§. XIII.

Wir müssen also das jus Romanorum lernen, wobey wir nur einige Dinge zu beobachten: 1) Daß man nicht auf die absurde Meynung verfalle, als wenn im jure Romano keine antinomien wären, welches in delicaten Ohren

ren garzu semitonisch und verstimmt klingt, gleich als wenn die alten Juristen, deren so viele im Corpore Juris zusammen treffen, alle mit einander einerley Seele gehabt, oder wie die 70. Dolmetscher von einem Geiste getrieben worden wären. 2) Daß man nicht glaube, des Triboniani sein Maul sey ein Evangelien-Buch, zumal weñ er raisonniret, und philosophiret. 3) Daß man, wenn der Imperator sagt, es sey eine Sache abgeschafft, sich dennoch darum zu bekümmern habe, weiln gar öffters ein Ding in principiis abgeschafft, in conclusionibus aber bey behalten wird. Versteht man nun das principium, als das præsuppositum, nicht, so siehet man die conclusion, wie die Kuh ein neu Scheun-Thor an. 4) Daß man sich um den Zustand der Römischen Republique bekümmere, welcher der schönste Commentarius über das Römisch Recht ist, wie Brenneysen diss. de utilibus pactorum divisionibus gar artig zeiget. Man hat sich aber dabey zu verwahren, daß man einen feinē selectum von Römischen antiquitäten hält, und nicht alles vor historiam juris hält, was die Leute davor ausgeben, sondern dasjenige nur heraus nimmt, was einen influxum in die jurisprudenz hat. 5) Daß man ein feines jus naturale studire, weiln das jus civile ein groß Theil von selbigen entborget, und silentibus legibus es in foro auf die natürliche Billigkeit ankommt. Man hat sich aber dabey in acht

zu nehmen, daß man sich nicht zu sehr in das jus naturæ verliebe, und die gantze Juristerey hoffmeistern wolle. Denn ich habe aus vieler Erfahrung wahrgenommen, daß die allzu perfect seyn wollenden Naturalisten insgemein keine gute Civilisten geworden seyn. Die Juristerey will allerdings ein bißgen Glauben haben, und ist die heilsame Lehre de fide juridica nicht zu verwerffen, wenn man Brod in der Welt verdienen will.

§. XIV.

Doch ich darff nicht zu weit ausschreiten, sondern muß die Erzehlung der jurisprudenz vor die Hand nehmen.

§. XV.

Dieselbe wird überhaupt eingetheilet in die göttliche und in die menschliche.

§. XVI.

Die göttliche ist entweder positiva, so aus der Offenbahrung erkannt werden muß, oder naturalis, welche aus dem Lichte der Vernunfft sich ergiebt.

§. XVII.

Die positiva ist wiederum vel universalis, und gehet allen Menschen an, vel particularis, und betrifft nur die Jüdische republique.

§. XVIII.

Zur Universali gehören diejenigen zeitlichen Befehle der heiligen Schrifft, welche dem Adam und Noha, und in denenselben allen Menschen promulgiret worden, oder sonst eine rationem universalem, & ad omnes homines quadrantem haben. Also ist durch die erste Einsetzung des Matrimonii, die polygamie denen Nachkommen des Adams stillschweigens verboten worden, wie der HErr Christus im Neuen Testamente selbst darauf provocirt. Dem Noha wurde das Gesetze von denen Todtschlägern, und daß deren Blut wieder vergossen werden solte, promulgiret. Gleich wie nun ein Gesetze in einem Staat gelten muß, ob es gleich vor etliche 100. Jahren denen Vorfahren der Unterthanen promulgiret worden, also verbindet auch dasjenige alle Menschen, was dem Vater aller Menschen befohlen worden. Endlich werden zu diesem jure positivo vniverſ. die Leviticorum am 18. verbotenen Blut-Schanden gerechnet, welche zwar nur durch Mosen in der Jüdischen Republique publiciret worden, wegen ihrer allgemeinen raiſon aber alle Menschen verbinden. Denn wenn es heißt: Du solt deiner Mutter Scham nicht blössen, denn sie ist deine Mutter; so siehet man wohl, daß das fundament des Verbots in maternitate, wel-

welche auch denen Heyden gemein ist, gesetzt wird. So wenig nun die Heyden entschuldigt seyn, daß sie die præcepta des Christenthums nicht wüßten; so wenig mögen sie sich wegen nicht geschehener promulgation diesen positiv Gesetzen entziehen, sintemahl die gantze heilige Schrifft keine andere promulgation, als Mosen und die Propheten, hat, und dennoch vor universell gehalten werden muß.

§. XIX.

Es hat dieses jus der Herr Thomasius in seinen Instit. jurisprudentiæ divinæ zu erst gelehret, aber auch in seinen fundamentis juris naturæ & Gent. wiewohl mit schlechtern Gründen als zuvor, übern Hauffen geschmissen.

§. XX.

Das jus positivum particulare, ist wiederum zweyerley, vel ceremoniale, vel forense.

§. XXI.

Das ceremoniale betrifft den äuserlichen Gottesdienst der Jüden, und hat mit Christo, dessen Vorbild es war, seine Endschafft erreicht.

§. XXII.

Das forense ist das jus civile Judaicum, welches GOtt seinem Volcke in heiliger göttlicher Schrifft gegeben. Gleichwie aber GOtt

GOtt hier nicht als ein Beherrscher aller Menschen, sondern als Princeps Reipublicæ Judaicæ anzusehen; ein iedes Volck aber seine besondere Umstände hat; also ist dieses Jüdische Recht bey uns nicht applicable noch verbindlich. Wie wir denn v. g. den Diebstahl deswegen nicht mehr mit der vierfachen Wiedergabe bestraffen können, weil diese Straffe bey uns nicht zulangen will, crescentibus vero delictis crescunt pœnæ. Indessen hat das jus forense diesen Nutzen, daß man daraus gar leichte schliessen kan, daß eine daselbst befohlene Sache nicht wider das jus naturæ seyn könne, sintemahlen GOtt darwider nichts befehlen wird.

§. XXII.*

Das vernünfftige Recht betrifft entweder gantze Völcker gegen Völcker, und heißt das allgemeine Völcker-Recht, oder es lehret, was ein ieder Ober-Herr gegen seine Unterthanen, und diese hinwiederum gegen jenen nach der Vernunfft zu thun schuldig, und heißt jus publicum universale, welches zwar so alt, als die Republiquen selbsten seyn, den Nahmen aber hat Hertius in Comment. ad Pufend. J. N. & zu erst gebraucht, auch eine besondere dissertation davon geschrieben, dem Herr Böhmer mit seinem vortrefflichen Tractat, de Jure publico universali, gefolget. Das dritte Stück des vernünfftigen Rechts sind die übri-

gen Pflichten, welche ein Mensch gegen dem andern, so wohl ausserhalb als innerhalb der Republique, in acht zu nehmen hat.

§. XXIII.

Die Menschliche Rechts-Gelehrsamkeit hat Menschen zu ihren Gesetzgebern, und ist wiederum gar vielerley.

§. XXIV.

Was einige Völcker untereinander durch langen Brauch angenommen, und unter sich als ein verbündliches Recht gelten lassen, heist jus gentium voluntarium particulare, und besteht im Gesandten Tractament, in Range souveranier Fürsten, dem Kriegs-Gebrauch oder raison de guerre &c.

§. XXV.

Ich weiß zwar daß die Naturalisten bey diesen paragrapho andre Gedancken hegen, und sagen werden, das jus gentium voluntarium sey schon längst von Puffendorff und Thomasio aus dem jure naturæ naus gepeitscht und ich wolte es nun wieder recipiren. Alleine ich gebe zur Antwort, daß mein jus gentium voluntarium, mit dem vernünfftigen Rechte nichts zu thun haben soll, indem es nicht aus der Vernunfft, sondern dem Belieben der Völcker herzuleiten, auch von mir nicht vor universell, als wenn es alle Völcker mit hielten,

ten, ausgegeben werde, worwider Pufendorff und Thomasius eigentlich so sehr geeifert.

§. XXVI.

Andere werden objiciren, daß dieses Völcker-Recht keinen legislatorem habe. Ich gebe aber zur Antwort, daß nicht eben ein Gesetzgeber zu einem Gesetze von nöthen sey, sondern nur ein Ober-Herr, welches hier GOtt ist, nicht als wenn es GOtt durch die Vernunfft dictirte, oder der Offenbahrung gegeben, sondern daß es derselbe durch den legem juris naturæ, pacta sunt servanda confirmiret. Deutlicher zu reden; so ist das jus gentium voluntarium ein pactum tacitum dar Völcker, welches seine Verbindligkeit ex regula juris naturalis de pactis servandis empfängt, aber deswegen kein jus divinum seyn mag. Wie offt geschiehet es, daß eine Zunfft, Collegium oder Stadt ihre Statuta, und Ordnungen vom Principe confirmiren lassen, welche deswegen des Principis Gesetze nicht heissen können, ob gleich derselbe die obligationem civilem ihnen gegeben? Doch will ich mich eben nicht groß sperren, wenn es ein ander lieber ad jus humanum rechnẽ wolte. Ich bin zufrieden, wenn man mir nur zugiebt, daß die Völcker die Angeber und GOtt mit seinem lege naturæ de pactis servandis, der Bestätiger sey.

§. XXVII.

Noch andere werden sagen, das willkührliche Völcker-Recht sey mehr ein decorum und Höfflichkeit oder Klugheit als Verbindlichkeit, wie solches der Nahme der Willkühr von selbsten auf den Rücken mit sich bringe. Worzu Herr Thomasius in diss. de consvetudine juris noch dieses thut, daß es unter Völckern wohl consuetudines facti aber nicht juris gebe, weiln diese einẽ approbantem superiorem erforderten, welcher bey Völckern ermangele. Denenselben aber dienet zur Antwort, daß ein Consensus mutuus, er mag expressus oder tacitus seyn, verbinde. Nun können aber die Völcker so wohl expresse als tacite consentiren, haben auch würcklich in das willkührliche Völcker-Recht tacite consentiret. vid. §. XXIIX. Ergo muß dasselbige keine blosse Höfflichkeit mehr seyn, sondern es ist zu einer Verbindlichkeit geworden. Der Nahme eines juris voluntarii oder der Willkühr will mehr nicht als so viel sagen, daß es von Anfang her den Völckern in freyen Belieben gestanden, dergleichen Dinge anzunehmen. Nachdem sie es aber einmahl gethan, steht es nun nicht mehr in eines Belieben, darvon abzuweichen, ob sie wohl mutuo dissensu mit einander auffheben können.

§. XXIIX.

§. XXIIX.

Am allergescheutesten thun diejenigen, welche von mir den Beweiß fordern, daß Völcker sich zu etwas consensu tacito verbunden haben. Solchen zu liefern, muß ich erst den consensum tacitum beschreiben, von welchen ich mir einen concept mache, daß er sey eine Erklärung des Willens, welche man durch Zeichen, oder auch dadurch thut, daß man zu einer Sache schweigt, da man hätte reden sollen, das ist, da iemand zu unserm præjudiz uns wissend etwas vornimmt.

§. XXIX.

Durch diese Beschreibung distinguirt sich der consensus tacitus von der Nachahmung, welche keine Erklärung des Willens ist, und also auch keine Verbindligkeit macht. Darin vergehet sich aber der Imperator, daß er die Sitten und Nachahmung der Völcker zum Jure gentium macht, und die testamenta, Arten der Knechtschafft und Contracten, welche ein Volck dem andern abgelehnet und nachgemacht, vor verbindliche Dinge ausgiebt. So frey als es einem Volcke gestanden hat, eine Art vom Contractu anzunehmen, so frey stehet es ihm selbige wieder abzuschaffen, weil es durch seine Nachahmung gegen niemand declariret, daß es an etwas gehalten seyn wolle, auch niemand verhanden gewesen,

welcher sich ein Jus bey einem solchen Volcke gesuchet.

§. XXX.

So entscheidet sich auch der consensus tacitus gar leichte vom silentio oder dem blossen Stillschweigen, wenn nemlich iemand schweigt, da er nicht eben reden müssen. Also wenn iemand zu mir sagte, ich solte ihm 100. Thaler schencken, so kan er aus meinem Stillschweigen nicht argumentiren, qui tacet, consentire videtur, weil ich ihm zu antworten nicht schuldig bin.

§. XXXI.

Nachdem es aber unter Völckern einmal dahin gediehen, daß sie gleich ein Recht daraus machen, wenn ihnen iemand ein- und andermal was gestattet, so scheinet ein Volck allerdings in ein Unternehmen eines andern zu willigen, wenn es ohne protestation dasselbige etliche mal geschehen lässet, ja wohl gar Vorschub darzu thut.

§. XXXII.

Auf solche Art ist nun durch Zulassung und stillschweigende Bewilligung unter vielen Völckern zu einem verbindlichen Brauch gediehen, daß v. g. die Königl. Ambassadeurs mit bedecktem Haupte Audienz haben. Wenn nun ein König von Franckreich solches tractament einem Englischen Gesandten denegiren wol-

wolte, so würde er darin nicht nur wider den Brauch der Völcker und das Herkommen handeln, sondern auch den Englischen Hoff nachdrücklich beleidigen, und sich vorwerffen lassen müssen, daß unter solcher Neuigkeit eine Feindschafft verborgen liege. Wie denn nicht selten in Krieges-Manifesten dergleichen Dinge auf das höchste angesetzt werden.

§. XXXIII.

So thut mir auch nichts, daß man objiciret, man sey nicht eben schuldig ein ander mal eben wieder zu leiden und zu thun, was man einige mal gethan, und könne man einen Gesandten wohl einige mal etwas permittiren, welches man ein ander mal nicht wieder thue. Denn da muß solche singularité entweder mit protestation keiner künfftigen Folge geschehen, oder man muß sich gefallen lassen, daß der andere ein Recht daraus macht, wenn man es ihm ein und ander mal erlaubt, und dadurch animum perpetuandi zu declariren scheint. Freylich erklärt ein actus den animum perpetuum nicht, die reiterata permissio aber macht schon starcke præsumtion eines voluntatis perpetuæ. Dazu kömmt, daß unter denen Völckern der Brauch also zu handeln, und 2. biß 3. actus vor ein signum einer Bewilligung zu halten einmal eingeführt. Will nun ein Volck dem andern keine Gelegenheit zu Beschwerungen geben, so muß es nichts zulassen,

ohne darwider zu protestiren. So ist auch dieses kein geringes Moment, daß die Völcker soches Herkommen selbst vor verbindlich halten und ausgeben, wodurch sie ihren Willen gar vernehmlich an den Tag geben, welcher allein schon genung ist, diese Gebräuche verbindlich zu machen.

§. XXXIV.

Endlich wird man von mir wissen wollen, welches denn diejenigen Völcker seyn, unter welchen dieses willkührliche Völcker-Recht im Brauche, weiln ich doch oben gesetzt, daß es nicht universell sey. Denenselben kan ich keine bessere Antwort geben, als es sind diejenigen, die es sind, das ist, welche es also in diesen oder jenen Stücken unter sich biß anhero gehalten haben, so man aus denen Geschichten nunmehro erlernen muß. Da man denn finden wird, daß der numerus der Völcker in ieder materie fast variiret, die zu diesem Völcker-Rechte von mir gerechnet worden, welches zwar die Sache schwer, aber doch nicht unmöglich macht, wenn man nur die Augen auf die Welt richten wolte.

§. XXXV.

Indessen solte derjenige dem publico einen ungemeinen Dienst thun, welcher diese biß hieher unbekannte disciplin aus denen Gebräuchen der Völcker zusammen suchte, so die Aca-

Academisten jungen Leuten durch ihre albere Lehre de Jure gentium voluntario prorsus non dabili, gantz aus dem Kopff gebracht haben. Herr Ludwig in der Einleitung zur güldnen Bulle, und in seinem Tractat de Jure ad legandi Ordinum. c. 4. kan sich sehr drüber ereifern, daß man diese Lehre so unerörtert liegen lasse.

§. XXXVI.

Ich kan nicht umhin, den locum aus des Herrn Ludwigs Tr. de Jure ad legandi hieher zu schreiben: Neque autem vel nunc pœnitet sententiæ, proditæ alias, hæc nempe solennium ac ceremoniarum genera satius esse inter jura referre, quam in numero decori reponere, unde cuivis impune liceat recedere. Imo tempestive Joh. Georg. a Culpis atque eodem quoque judicio Collega noster Jacobus Brunnemannus (in dissertatione de Jure Ceremoniali circa legatos) adverterunt, hanc juris publici partem, quæ hactenus inter desideria multorum fuerit, doctrinæ nostra tandem ætate utiliter inserendam. Eadem de causa id ego in votis habeo, ut sive gentium, sive naturæ jurium constitutores solennes principum ceremoniarum usus sibi e scriptoribus historicis familiares redderent. Hactenus enim ignota hujus eruditionis fuerunt rostra academica.

§. XXXVII.

Fast auf gleiche Art explicirt sich Fürstnerius,

oder der berühmte Leibnitz, in Tr. de Suprematu Principum Imperii, allwo er cap. 34. also schreibt: Primum illis obviam ibimus, qui sibi persuadent in potestate esse regis Galliæ aut alterius cujuscunque tractatu aliquo aut pacto concedere principi cuidam honores atque prærogativas, quas alteri pari jure utenti negat. Nam nisi his occurrimus, frustranea erit nostra disputatio. Verum inaudita hucusque hæc opinio fuit: aut si admittenda est, frustra fuere omnes, qui hactenus de rebus ceremonialibus, Principum ac Legatorum honoribus raciocinati exemplisve usi sunt; poterat enim illis responderi uno verbo: in potestate cujusque Regis aut Principis esse, quantum cuique honoris exhibere velit, neque proinde rationes aut exempla sed expressa tantum pacta in hoc negotio valere. Quod sane rationi & gentium juri adversatur. Nam honor atque dignitas consistit in comparatione, ideoque cum inter pares distinctio quædam perpetua atque solennis introducitur, contumelia illi habetur, qui neglectus est. Equidem non diffiteor aliquando ob certas causas amico cuidam Regi aut ejus Legato singulares haberi honores extra ordinem, qui in exemplum citari non possunt; sed ejus honoris neque causa neque possessio perpetua est, facileque apparet, quantum inter urbanitatis atque uti vulgò vocant civilitatis rationem dignitatisque tuendæ curam intersit. Nec vero inde alteri cuidam Legato idem postulandi

jus

jus fuit. At vero quicquid multis ordinario quodam jure conceditur, ita ut ab ipsis etiam exigatur, id aliis supervenientibus in eadem dignitate constitutis, sine injuria negari nequit. Nam quæ exiguntur, non sunt amplius meræ facultatis, quæ vero in hoc negotio non sunt meræ facultatis, ea non sunt amplius civilitatis, sed & ad dignitatem pertinent. Dignitatis autem suæ rationem unusquisque Principum habere debet, quam sane negligeret, si inæqualitatem publicam pateretur. At vero inquies, quidni possim singularem amico honorem habere? Potes, inquam, haber extra ordinem, at pacto promittere at ordinario jure soli tribuere non potes, quin aliis æqualibus injuriam facias. At vero sum actionum mearum Dominus? ita fateor, sed non ut alteri noceant, quod fieri manifestum est. Certè uti quisque generosus est, ita dignitatem aliis omnibus vitæ bonis præfert, quanto magis id Reges ae Principes facient, quos aliquando umbra contumeliæ armavit. Nec vero qui honorem exhibet in magna dignitate constituto, rem indebitam pro sua liberalitate largitur, sed facit, quod officii sui est. Honor autem in opinione atque usu consistit, ut quod aliis ejusdem conditionis non exhibetur, cæteris omnibus debitum videatur. Quare qui hoc in dubium vocat, ipsam honoris naturam evertit, neque enim aliter interrogati poterimus definire, quis sit honor alicui debitus, quam respondendo,

eum esse, qui alteri ejusdem dignitatis habetur, aut si exemplum deest, qui proportione aliorum, quos ille dignitate anteit aut sequitur, ratiocinando constituitur. Qui secus disserit, omnem ex rebus humanis honoris atque dignitatis æstimationem tollit. Equidem fateor, Barbaros omnem in hoc genere ratiocinationem negligere posse; sed inter Europæos politiores dignitatis cura juris gentium partem facit. Itaque si quis Regum diceret, se quidem in aula sua certam ordinis prærogativæ atque ceremoniarum erga extraneos Principes Legatosque legem promulgare velle, quam qui sequi nolit, eum ditionibus suis abstinere posse; is absoluta quidem potestate utitur, sed illud commercium abrumpit, quod nunc in Europa introductum est, & contemtum in illum, quem offendit, atque propemodum hostilem animum profitetur. Unde simultates, & vindictæ cupiditas, ac denique bella, quæ caveri juris gentium est.

§. XXXVIII.

Alles dieses in eins zusammen zu fassen, so halte ich es nicht mit dem Imperatore, welcher blosse Imitationes zum Völcker-Recht macht, noch mit denenjenigen, wider welche Pufendorff streitet, als welche das Völcker-Recht vor allgemein ausgeben, sondern ich habe ein besonderes concept vom Jure gentium voluntario, welchen ich nechstens in einer besondern Schrifft noch besser legitimiren will.

§. XXXIX.

Ich nehme dahero die übrigen Arten des Menschlichen Rechts vor mir, und zwar erstlich diejenigen Pflichten, welche in einem ieden Staat das Oberhaupt und die Glieder besonders und nach iedes Reichs-Grund-Gesetzen zusammen halten, und nach dem Unterscheid der republiquen gar unterschiedliche Nahmen führen. In Portugal nennet man es legem mentalem, weil man mehr davon dencken als schreiben soll. In Franckreich heißt es lex Salica, in Pohlen pacta conventa, in Teutschland aber Jus publicum Romano-Germanicum, welches den nexum Cæsaris & statuum nach den Reichs-Gesetzen zeigt.

§. XL.

Es hat aber hernachmahls iedwedes Chur- u. Fürstenthum ꝛc. wiederum sein jus publicum, weil ein territorium gegen das andere sich nicht viel anders als ein souverainer Staat verhält. Also hat Schilter schon ein jus publicum Saxoniæ geschrieben, welches aber nicht heraus komen. Dagegen hat ein Anonymus Helmondus eine introductionem ad jus publicum Saxoniæ edirt, welche gar fein ist. So kan auch des Herrn Ludwigs Germania princeps vor ein Jus publicum singulorum territoriorum passiren, ob es gleich den Nahmen nicht führet. vid. omnino Ludwig Præf. über die Würtzburgl. Geschicht-

Schreiber, und Hertium in notitia singularum rerumpublicarum Germaniæ.

§. XLI.

Die dritte und hauptsächligste Gattung der Menschlichen Gesetze sind diejenigen, welche denen Unterthanen in iedem Staate vorgeschrieben, als da ist in Franckreich der codex Ludovicianus, und in Schweden der Carolinus &c.

§. XLII.

In Teutschland läßt sich dasselbige nicht mit einem Nahmen nennen, angesehen unsere Rechts-Gelehrsamkeit wie ein geflickter Bettel-Mantel aussieht, wozu Römische, Longobardische, Canonische, teutsche und andere Lappen mehr genommen worden seyn.

§. XLIII.

Deutlicher zu reden, so muß man bey uns wenn man einen Casum untersuchen will, ob er recht oder unrecht sey, erstlich zusehen, ob nicht eine besondere Gewohnheit hierin an demjenigen Orte im Brauche sey, wo der Streit anhängig ist, welche alsdenn über alle andere Gesetze gehet, und selbige auffhebt.

§. XLIV.

Man muß sich aber einen rechten Begriff von denen teutschen Gewohnheiten machen, welcher offt solchen ICtis ermangelt, so von

der

der Picke angedienet, und sich Capitain in der Jurisprudenz zu seyn düncken. Die Beschreibung so der Imperator davon giebt, daß nemlich eine Consvetudo bestünde in moribus diuturnis consensu utentium comprobatis, ist ein Uberbleibsel aus denen Zeiten des Democratischen Regiments zu Rom, da das Volck mit Theil an der Majestät und der potestate legislatoria nahm. Da kunte es freylich nicht anders seyn, als daß des Volcks einmüthiger Gebrauch die Krafft eines Gesetzes hatte, weiln es gleich viel war, ob sich das Volck ausdrücklich oder durch viele actus zu etwas erklärete, sintemal es bey einem Gesetze hauptsächlich auf des Volcks Willen ankam. Von einer solchen Gewohnheit hieß es nun, sie sey ein Gesetze und hebe die vorhergehenden auf, weil bey dem Volcke das jus leges abrogandi bestunde.

XLV.

Unter den Reichs-Ständen haben wir eine Art von Gewohnheiten von gleicher Krafft, welche observantia & Praxis Imperii, das Herkommen heißt, und darin bestehet, daß etwas ein und andermal im Angesicht des Käysers und des Reichs ohne Widerspruch geschehen. Denn weiln die Stände von Teutschland Coimperantes seyn, und vermöge des Westphälischen Friedens art. 8. mit Theil nehmen an der Potestate legislatoria, so muß das allerdings ein Gesetze seyn, was die

Stän-

Stände thun, u. der Käyser und das Reich sieht und zuläßt, als wodurch beyde gleichfals ihren Willen zu declariren scheinen. Kulpis diss. de Observ. imperii.

§. XLVI.

Sonst haben wir auch so wol im Reiche, als unter den privatis in den territoriis eine Art von Gewohnheiten, welche daher kommen, daß die Teutschen vor Alters wenig schrieben, und ihre ausdrückliche Verordnung oder Gesetze nicht so wohl in Büchern als durch die tradition und dem Brauch fortpflantzten, biß endlich durch Länge der Zeit es geschehen, daß der erste Ursprung eines solchen Gesetzes gar in Vergessenheit gerathen, der Brauch aber oder die observantia in Gerichten noch übrig geblieben, welchen man daher besser einē legem traditam, als consvetudinem nennen könte, weiln es ein ausdrücklich Gesetze zum Anfang hat. Thomasius diss. de Consvetudine Juris.

§. XLVII.

Die dritte Gattung von Gewohnheiten ist, wenn in Gerichten nach und nach etwas begonnen, wornach ein Richter secundum praxin so lange gehen muß, als der Princeps nichts anders befiehlet. Allein diese Art klingt schon in meinen Ohren zu Democratisch. Zum wenigsten wolte ich behaupten, daß man ihr die Krafft, vorhergehende Gesetze auffzuheben, nicht beyzulegen habe, wie doch unsere meisten

ICti thun. Denn sonst siehet es schlecht mit der Potestate legislatoria unserer Fürsten aus, weñ es bey einem Gesetze darauf ankommen soll, ob die Unter-Richter und Unterthanen selbiges im Brauch bringen, oder durch gegenseitige actus abschaffen wollen. Es heißt solches in der That nichts anders, als die Unterthanen der Majestät theilhafftig machen, und des Fürsten Willen auf des Richters und der Unterthanen Gutdüncken stellen. Gleichwohl hören wir unsere Juristen alle Tage durchgehends lehren: quod consvetudo tollat legem. Und damit sie meine objection decliniren möchten: so distingviren sie unter Straff-præceptis und andern Geboten. Jene sollen allein durch gegenseitige actus nicht auffgehoben werden können, wohl aber die letztere. Allein ich kan nicht begreiffen, warum in diesem des Principis Wille wider die Anmassung der Unterthanen nicht so wohl bey thätlicher und beständiger Ubung und Praxi zu erhalten sey, als in jenem Fall. Objicirt man weiter, daß die actus so eine consvetudinem ausmachen, und einen vorhergehenden legem auffheben sollen, im contradictorio erhalten, und in Gerichten passiret seyn müßten: So nehme ich zwar dieses in so weit an, daß die actus extra judiciales zu einer consvetudine nichts thun, wenn wir anders nicht die Römische Democratie einführen, und das Volck über den Principem setzen wollen: Ich kan

aber

aber dem allen ohnerachtet noch nicht begreiffen, wie ein Richter wider ein Gesetze eines Principis zu sprechen befugt sey. Ich halte vielmehr dafür, daß dieses eine contravention und Ungehorsam sey, welchen Nahmen es behält, wenn es auch 100. und mehr mahl hinter einander in unverrückter Ordnung geschehen wäre, und mache dabey den Schluß, daß die Principes bey uns wol wahrnehmen solten, wie nahe ihnen und ihrer Hoheit durch diese Juristen-Philosophie getreten werde, und dahero die judicia besser zu observirung ihrer Gesetze anhalten, oder ihnen das principium, die leges unter den Schein einer stillschweigenden Bewilligung des Landes-Fürsten zu durchlöchern, aus dem Sinn bringen möchten.

§. XLVIII.

Ist nun keine solche Gewohnheit vorhanden, welche der streitigen Frage den Ausschlag geben kan; so muß man sich in denen statuten erkundigen, ob vielleicht aus selbigen die decision geholet werden könne.

§. XLIX.

Es sind aber die statuta zweyerley: die gemeinen, so ein gantzes territorium und Land betreffen, und die, so nur einen Ort, oder auch nur eine Gesellschafft angehen, als da sind die Statuten einer Academie.

§. L.

Die Statuta specialia werden den gemeinen vorgezogen, so lange ein Fürst nicht ausdrücklich verordnet, daß dieses oder jenes allgemeines Gesetze eines ieden Orts Statutis vorgezogen werden sollen.

§. LI.

Das Recht dergleichen specielle Statuta zu zu machen, haben v. g. die Land-Städte theils durch Begnadigung, oder Kauff, erhalten, in welchem letztern Fall es doch allemal die Natur eines Privilegii behält, theils auch haben sie solches von denen Zeiten noch übrig, da sie freye Reichs-Städte gewesen, und mit dem Beding sich denen Landes-Herren unterworffen, daß sie ihre Gesetze behalten möchten, in welchen Fall sie iedoch so wohl als in vorhergehenden das Onus probandi auf dem Halse behalten: angesehen dieses Recht nicht gleich an dem Jure civitatis klebt, sondern besonders erhalten und reserviret werden muß, ausser welchen Fällen eine Stadt weiter keine Verfassung als etwan Marckt- und Brau-Verordnungen machen kan.

§. LII.

Von diesen Statutis, wie auch von denen, so ein gantzes Land betreffen, hat man eine Regel, daß sie aus denen Römischen Rechten,

und

und so viel möglich denselben nicht zuwider erkläret werden sollen. Wider diese Regel setzt sich zwar Herr Thomasius in seiner Vernunfft-Lehre, aus der Ursache, weiln ein iedes Ding ex principiis domesticis, und also teutsche Gesetze aus teutschen Herkommen erkläret werden müßten: sie ist aber leider! mehr als zu richtig, weiln die meisten Landes-Ordnungen Compendia aus den Römischen Rechten, und also mehr aus Rom als aus Teuschland seyn. Selbst in unserm Jure Saxonico Electorali sind die principia des Juris Romani mit denen Sächsischen noch vielfältig vermischt. vide Giovanni Germ. Princ. Proleg. p. 108. lit. m. Die Ursache ist leichte zu ergründen, weiln nemlich die meisten Landes-Ordnungen, das Lübeckische Recht ausgenommen, über das 16te seculum nicht herauff steigen, zu welcher Zeit man schon die teutschen Rechte und Gewohnheitē nicht mehr nudo oculo, sondern durch eine Römische Brille ansahe. Giovanni c. I. p. 111.

§. LIII.

Sonst kan man die Landes-Ordnungen der teutschen Staaten in einer Harmonie beysammen sehen, in Giseberti periculo statutorum.

§. LIV.

Uns gehet allhier nur das Churfürstl. Sächsische Recht an, welches bestehet in Constitutionibus Churf. Moritzens, Augusti, und Joh. Geor-

Georgii I. in der Process-Ordnung, dem Duell-Mandat, und andern in dem Corpore Juris Saxonici enthaltenen Verordnungen.

§. LV.

Wenn nun auch in diesem nichts anzutreffen, woraus der Casus debattiret werden mag, so gehet man in Sachsen auf das allgemeine Sachsen-Recht, wovon die ICti unterschiedene Gedancken haben.

§. LVI.

Einige, als Herr Joh. Peter Ludwig, in der Einleitung zur güldnen Bulle, L. 3. c. 5. und pag. 217. lit. X sagen, das gemeine Sachsen-Recht sey nicht der vorhandene Sachsen-Spiegel, sondern das Magdeburgische Stadt-Recht, und zwar nicht dasselbige, welches in dem Sachsen-Spiegel unter dem Nahmen des Weichbildes stehet, sondern wie es bey dem Magdeburgischen Schöppen-Stuhl gehalten, und durch den Brauch und tradition in Sachsen erhalten worden, und noch werde.

§. LVII.

Andere, als Pistorius P. I. Qv. 16. n. II. sagen, es sey zwar der Sachsen-Spiegel, oder besser, das in selbigen enthaltene Buch, das so genannte Land-Recht. Alldieweilen es aber Epkow de Repkow (welcher, besage einiger Urkunden beym Beckmann in Chron. Anhaltino um A. 1215. als Zeuge unterschrieben, und

also kurtz vor dem Interregno gelebt) privata autoritate zusammen getragen, und durch öffentliche Approbation in Sachsen niemals angenommen worden sey, so müsse derjenige, welcher es vor sich anführe, beweisen, daß es in vorgegebenen Fall recipiret sey, welches man aus dem Zeugniß der Practicorum nehmen müsse. vide Autorem Anonymum in Diatribâ de auctoritate Juris Rom. in Germ.

§. LVIII.

Noch andere, als Hornius in diss. de prærogativa morum Germ. in concursu cum Legibus receptis S. 1. §. 10. halten dafür, daß derjenige, so das Land-Recht vor sich allegire, fundatam intentionem habe. Es kommt also bey einer Sache darauf an, welcher Meynung die meisten Glieder einer Facultät oder Schöppen-Stuhls zugethan seyn.

§. LIX.

Soll ich meine Meynung davon sagen, so halte ich davon so viel: In alten Zeiten, und biß auffs 16te Seculum herauf, bekümmerten sich die Fürsten von Teutschland wenig um die Gesetzgebung, sondern überliessen die decisionem causarum denen Richtern und ICtis. Diese hieltē dafür, es könte ein Ding nicht mehr als einmal recht seyn, und suchten bey einem vorfallenden Casu die Decision, wo sie selbige nur finden konten, und glaube ich, wenn iemand

aus

aus Africa Gesetze von den Hottentotten mit nach Teutschland gebracht hätte, die Juristen hätten Hülffe und Rath darin gesucht. So lange nun der Princeps das Principium nicht auffhebet, daß alles dasjenige autoritatem juris hat, was die Juristen in die fora auf solche Art introduciret, so ist kein Zweiffel, daß der Sachsen-Spiegel und dessen Land-Recht vor dem allegirenden fundatam intentionem noch vor dem Römischen Rechte mache, weiln dessen autorität älter als des Juris Romani seine ist. Wiewohl man dieses letztere noch streitig machen kan, wenn man die autorität des Juris Romani nicht aus der Verordnung Maxim. I. sondern nach oben gesetzten principio von der privat introduction in fora nostra herholen will, welche vor dem Sachsen-Spiegel auf ein und andere Weise geschehen, wie wirs bald zeigen werden.

§. LX.

Wenn nun in allen diesen Rechten der Casus noch nicht decidirt zu finden, so muß man distinguiren, ob es eine Lehns-Sache sey oder nicht. In jenem Fall muß man sich Raths im Longobardischen Lehns-Rechte erholen, welches im 13. 14. und meistens im 15ten Seculo in unsere fora eingeschlichen. Denn da wird in einer Urkunde Käyser Friedrichs II. de A. 1219. beym Goldast Const. Imp. T. pag. 292. denen Nürnbergern das Privilegium ertheilet: Nullus dominus aliquem Norimbergensem com-

 pellere

pellere debet ad jus, quod appellatur Lehn-Recht. Und in Lünigs Reichs-Archiv stehet unter den Lausitzischen Diplomatibus n. 5. ein Brief, darin Käyser Ludwig IV. um A. 1310. König Johanni von Böhmen, die Marggrafschafft Bautzen mit dieser expression verleihet, daß er dem Reiche præstiren solle: fidelitatis obsequia, ut jus Feudorum exigit. Andere Stellen der Urkunden zugeschweigen. Wiewohl man darwider einwenden könte, daß in diesen Urkunden, das im teutschen Herkommen gegründete Lehn-Recht verstanden werde.

§. LXI.

Dem sey nun wie ihm wolle, so ist gewiß, daß die Stände von Teutschland keinen Vortheil von der Reception dieses Rechts gehabt haben, angesehen die Käyser dieses auf Monarchische principia gegründete Longobardische Recht mit beyden Händen ergriffen, und dadurch die Stände unter den Schein der geschwornen fidelité, zu vielen Dingen zu forciren gesucht, darzu sie sonst nicht verbunden gewesen. Denn da sie zuvor ihre territoria jure proprio besessen, so hat es die Longobardische Lehn dahin gebracht, daß man sie mitler Zeit vor feuda gratiæ halten, und alle ihre Fehl-Tritte vor felonien ansehen wollen. vid. diss. Speneri de felonia statuum Imper. ex Jure Longobardico non dijudicanda.

§. LXII

§. LXII.

In Ansehen ihrer Vasallen sind sie wieder zu kurtz kommen, indem diese unter dem Schutz dieses Rechts der Landsasserey, die biß dahin ein beständiges Connexum der Lehnbarkeit in Teutschland gewesen wäre, sich zu entziehen getrachtet, wie ich ohnlängst in einem besondern Tractat: Ob alle Chur- und Fürstliche Sächsische Lehns-Leute Landsassen und Unterthanen seyen, gezeiget habe.

LXIII.

Die Land-Stände selbsten haben auch keine Seyde dabey gesponnen, wie unter andern aus denen Klagen erhellet, so sie A. 1592. auf dem Land-Tage zu Torgau geführet. vide excerptum apud Giovanni L. 3. c. 5. p. 223.

§. LXIV.

Ist es keine Lehns-Sache, so muß man sich in den Reichs-Gesetzen, als da sind die Reichs-Abschiede, peinliche Halß-Gerichts-Ordnung Caroli V. &c. umsehen. Denn ob wohl ein iedweder Stand von Teutschland das Recht, Gesetze in seinem Lande zu machen hat; so steht es ihme doch frey, ob er eine Sache vor sich alleine, oder in Gesellschafft anderer auf denen gemeinen Reichs-Versammlungen belieben will, welches älterer Zeiten öffters als ietzo geschehen, da sich die Käyser um die ter-

ritoria principum nicht so viel mehr bekümmern. Aus diesen Gründen gelten nun die Reichs-Abschiede in territoriis principum so lange, als sie selbige durch Gegen-Verfassung nicht auffheben. Denn da ist nicht zu statuiren, daß die Reichs-Stände, dadurch, daß sie auf Reichs-Tägen eine Verordnung in ihren Landen zu machen, oder einen Reichs-Abschied gelten zu lassen beliebet, ihre potestatem legislatoriam an denen Gesetzen zu bessern, und zu mindern, ja selbige gar auffzuheben, vergeben haben solten. Es bezeuget solches das Churfürstl. Brandenburgische Rescript beym Stryck in V. M. in præf. da es heißt: Weiln denn nicht zu finden, daß dieser Reichs-Abschied in unsern Landen abgeschafft; so können wir nicht ersehen, warum ihr nach selbigen nicht sprechen wollet.

§. LXV.

Will iemand objiciren, daß die Recessus Imperii die Reichs-Stände etwa nur angiengen, denenselbigen will ich nur die Worte der Policey-Reformation Caroli V. den A. 1548. artic. von Pupillen und Minderjährigen zur Instanz geben, allwo es heißt: So wollen wir allen und ieden Chur-Fürsten, Fürsten, Prælaten, Grafen, Herren, von Adel und Communen hiermit ernstlich auferleget und befohlen haben, in ihren Fürstenthümen, Herrschafften, Obrigkeiten und Gebiethen, dermassen Versehung zu thun, und zu verordnen, daß den

Pupil-

Pupillē, ꝛc. Es steht nemlich einem iedē Stande frey, ob er den Reichs-Abschied bloß will gelten, oder einige gehörige Stücke daraus unter seinem Nahmen den Unterthanen publiciren lassen. Siehe Dn. D. Grassii Prof. Tubing. Collationes Recessuum Imperii cum Jure civili.

§. LXVI.

Nach denen Reichs-Abschieden hat man den Unterscheid zu machen, ob der vorkommende Streit v. g. eine Ehe-Sache, die Verjahrung, die Eyde und den Procefs &c. betreffe, oder etwas anders angehe. In jenem Fall muß man seine Zuflucht zum Jure Canonico nehmen, welches in solchen Fällen recipirt ist. Stryck. V. M. Præf. Wiewohl einige lehren, daß das Päbstliche Recht überhaupt vor dem Römischen gelte, theils weil selbiges eher in Teutschland gegolten, theils auch, weil es eben deswegen, daß es der Pabst gegeben, vim legis hätte haben müssen.

§. LXVII.

Allein man kan aus Urkunden v. g. von Rudolphi I. darthun, daß es nur in geistlichen Sachen gegolten, und nachgehends in weltlichen auch in die fora eingeschlichen, daß es daher in diesen letzern casibus nur als ein Jus receptum anzusehen, welchen character es bey denen Protestanten, die sich auch in geistlichen Sachen von des Pabstes Hoheit loß gewi-

ckelt, auch ratione derer causarum ecclesiasticarum, behält. Und ob es gleich D. Luther zu Wittenberg aus grossem Eyfer verbrennete, so ward doch Luther kein Legislator, welcher alleine die Gesetze zu geben und auffzuheben hat, daß daher dem ohnerachtet das Jus Canonicum noch in viridi observantia auch bey denen protestanten ist, und muß man sich mehr von den Practicis sagen lassen, in welchen Fällen es dem civili vorgezogen werde, als daß man eine adæquate General-Regel solte geben können.

§. LXVIII.

Endlich nimmt man seine retirade ins Römische Recht, welches aus Italien in Teutschland gekommen, und durch Auffrichtung der teutschen Academien in unsere fora eingeschlichen. Denn da liest man beym Tolner in Cod. Diplom. p. 123. eine Urkunde von Anno 1386. da Chur-Fürst Rupert von der Pfaltz, auf der Universität zu Heydelberg das Jus civile und Canonicum zu dociren befiehlet, und eine besondere Facultät daraus macht, deme hernach die andern Stiffter der Universitäten, welche alle neuer seyn, hierin nachgefolget. So liest man auch beym Gewold in Antithes. ad M. Freherum ein Diploma Käyser Rudolphi I. von A. 1281. darinnen die beyden Brüder Hertzog Ludwig und Heinrich von Bayern denen beneficiis juris canonici & civilis renunciren. Woraus zu schliessen, daß das Jus civile schon

da-

damals in grossem Ansehen, auch so gar unter den Reichs-Ständen müsse gewesen seyn.

§. LXIX.

Nach der Zeit hat es durch Hülffe der Academisten, die solches gelehret und darnach gesprochen, noch festern Fuß gefasset. Alldieweiln aber die Academisten ein wenig plump damit verfuhren, zumal in Sachen, die Stände des Reichs betreffend, und die teutschen Sitten gar ausser Augen setzten; thaten die Stände des Reichs, und insonderheit die Reichs-Städte unter Käyser Friedrichen III. den Vorschlag, die Doctores alle zu verbannen, und das Römische Recht aus denen Gerichten zu schaffen. Wie denn Goldast T. 1. der Reichs-Satzung p. 166. eine Constitution auffstellt, so Käyser Fridrich verordnet haben soll, vid. Itter de gradibus acad. cap. de Doctoribus. Allein die nachfolgenden Zeiten weisen aus, daß die Constitution niemals zur Execution kommen sey. Datt. de Pace publ. L. 4. c. 1. n. 151.

§. LXX.

Denn da hat Käyser Maximilian I. bey Aufrichtung des Käyserl. Cammer-Gerichts, das Römische Recht gar authorisiret, daß die Camerales darnach sprechen sollen, wenn eine Sache in denen andern teutschen Gesetzen und Herkommen nicht debattirt zu finden. Es steht zwar davon ausdrücklich in der Cammer-

Gerichts-Ordnung nichts, es steckt aber doch implicite darin, indem es daselbst heißt: es soll keiner zum assessore genommen werden, er sey denn der Rechte gewürdet, welches von denen Doctoribus Juris Romani & Canonici zu verstehen, angesehen wir keine Doctores Juris Germanici haben. Noch deutlicher aber steckt solches in der Eydes-Formul, welche die Käyserlichen Cammer-Assessores schweren müssen, daß sie sich nemlich nach iedes Orts Gewohnheit und Statuten, und auch nach Käyserlichen gemeinen beschriebenen Recht richten wollen.

§. LXXI.

Es haben zwar der Herr von Kulpis unter dem Nahmen Conradi Sinceri in einer dissertation de Germanorum legum veterum & Romani juris in republica nostra origine auctoritateque præsenti, und Herr Thomasius hinwieder dem Römischen Rechte alle legale Krafft in Teutschland absprechen wollen, indem sie vorgegeben, daß dergleichen formula juramenti von Maxim. I. nicht zu finden, auch wenn sie schon verhanden, unter den Worten, der Käyserlichen gemeinen beschriebenen Rechte, nicht das Römische, sondern die Reichs-Abschiede und dergleichen verstanden werden müßte. Unter andern Beweisen berufft sich Kulpis auf Käyser Maxim. I. Land-Friedens-Ordnung, worinnen enthalten, daß die Land-Friedens-Sachen, unter andern und am Ende nach

Käyserl. gemeinen beschriebenen Rechten decidiret werden solten, und argumentiret, daß allhier ausser Streit das Römische Recht nicht gemeynet sey, angesehen die Römer weder von Fehden, noch den daraus erfolgten Land-Frieden und pace publica etwas gewust.

§. LXXII.

So scheinbar nun diese Einwürffe seyn, so wenig halten sie doch Stich, wenn man sie ein wenig genauer beleuchtet. Denn ob wohl diejenigen, so die Reichs-Abschiede zusammen drucken lassen, die Eydes-Formul der Cammer-Gerichts-Personen de An. 1495. ausgelassen; so hat doch der berühmte Würtenbergische geheimde Rath, Philipp Datt, in seinem vortrefflichen Wercke de pace publica L. 4. cap. 1. n. 116. solche Eydes-Formul aus dem Archiv hervor gesucht. Gesetzt auch, daß die erste Formul Maxim. I. nicht mehr verhanden, so steht doch in dem Corpore Juris Germ. in der erneueten Ordnung etlicher Puncten das Cammer-Gericht betreffend, de Anno 1538. eine andere Eydes-Formul mit eben der Expression und dem ausdrücklichen Zusatz, daß es eben diejenige sey, welche Maxim. I. Anno 1521. den Cammer-Gerichts-Personen zu schweren aufferlegt. Endlich ist ja selbige in die Käyserl. Cammer-Gerichts-Ordnung de Anno 1555. Part. I. T. 57. ausdrücklich eben des Inhalts wieder mit eingeruckt, daß ich also

so nicht die geringste Ursache an der Existentia solcher Eydes-Formul zu zweiffeln finde.

§. LXXIII.

Eben so wenig hält die andere objection Farbe, daß unter den Käyserl. gemeinen beschriebenen Rechten die Jura Romana nicht mit verstanden werden. Denn zugeschweigen, der vielen Stellen, welche Datt de pace publica aus denen Reichs-Abschieden und andern Urkunden aufstellet, so darff man nur die Worte Käyser Maxim. I. lesen, welche er in der Notariats-Ordnung de Anno 1512. von Testamenten braucht. Nach Käyserl. Rechten und Gesetzen seynd zweyerley Testament: Das eine, das in Schrifften gesucht, oder durch Mittel einer Schrifft, die beschlossen oder zugemacht ist: Das andere, das gemeiner ist, das man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrifft aufzurichte pflegt, u. darum nuncupativum d.i. ein ausgesproche Testament, genañt wird ꝛc. Item, und sollen die Notarien Auffmerckung haben, daß nach Käyserl. Rechten zu Auffrichtung aller oder ietzt bemeldter Testamenten auffs wenigste sieben Zeugen noth seyn. Gewiß, es müßte einer die gesunde Vernunfft sehr verläugnen, welcher nicht sehen wolte, daß hier der Imperator unter denen Käyserlichen Rechten die Römischen meyne, indem alles dieses aus den Römischen Rechte genommen, und denen Teutschen ehemahls gar nicht bekannt

ge-

gewesen. Wo hinzu noch kommt, daß Datt. c. l. bezeiget, wie er ein alt Buch gesehen, von den Zeiten Maximin. I. welches den Titul der Käyserl. gemeinē Rechte geführt, und weiter nichts als die blossen Institutiones in sich begriffen.

§. LXXIV.

Auf die objection, so Kulpis von Land-Frieden macht, antwortet Herr Datt. c. l. gar admirable, und zeigt, daß hier unter denen Käyserl. gemeinen Rechten die Constitutio Friderici I. de pace publica verstanden werde, welche an das Jus Longobardicum angehängt, und dadurch dem Röm. Rechte einverleibet, mithin dessen Titul gar wohl führen könne. Wiewohl man auch nicht läugnen will, daß nicht auch die Reichs-Abschiede den Nahmen der Käyserl. Rechte führen könten. So offte aber selbige denen Käyserl. gemeinen Rechten im stylo publico entgegen gesetzet werden, ist ausser Zweiffel mit der Expression der gemeinen Rechte auf das Jus Romanorum gezielet.

§. LXXV.

Es ist also kein Zweiffel, daß das Jus Romanorum durch die Cammer-Gerichts-Ordnung Maxim. I. vim legis unter den Ständen von Teutschland erhalten, wiewohl mit ihrem grossen Schaden, welches sich nach der Zeit gar vielfältig geäussert. Denn da haben sie sich gar öffters über den rigorem dieses auf

Mo-

Monarchischẽ principio ruhenden Rechts hefftig beschwert, wenn man ihnen mit der Application desselben unzeitig zu wehe gethan, und zeigt Herr Hoffrath Griebner in einer sehr gelehrten besondern diss. de Præjudiciis principum ex abusu juris Justinianei existentibus, daß ihnen grosser Nachtheil daher erwachsen.

§. LXXVI.

Doch dem sey wie ihm wolle, so hat dasselbige Recht einmal seine Autorität bey dem Reichs-Gericht erlanget. Ob aber eben durch diese Cammer-Gerichts-Ordnung dasselbige vim legis expressæ in der Stände Landen erreichet, daran wollen einige fast zweiffeln, aus Ursachen, daß die teutschen Stände ihre potestatem legislatoriam schon lange vor den Zeiten hergebracht, welche dadurch geschmälert würde, weñ die Käyser ein Recht in die territoria einführen woltẽ. Und ob sie wol die Stände die Cammergerichts-Etabilirung auf dem Reichstage zu Worms selbst mit beliebet, und also zu allen selbst concurrirt; so gehet sie doch dieses nur unter sich selbst an. Jedoch weiln sie die Verordnungen der Reichs-Abschiede, so lange in ihren territoriis gelten lassen, als sie selbige nicht abschaffen, so haben sie auch das jus Romanum Krafft dieser Verordnung Maxim. I. aus freyen Belieben recipirt, wiewohl ich eher sagen wolte, daß es per receptionem seine Krafft schon zuvor gehabt, und neuerer Zeiten in einigen

nigen Statutis gar vim expressam legis erhalten.

§. LXXVII.

Jedennoch bleibt es in allewege ein jus subsidiarium, und hat derjenige, so es vor sich anführet, alsdenn erst fundatam intentionem, wenn aus den Gewohnheiten, Statuten und andern bereits erörterten Rechten, der Casus nicht zu entscheiden ist. Daß aber der Autor der Diatribæ de Autoritate Juris Romani vorgeben wollen, es sey das jus Romanum dergestalt in complexu recipirt, daß einer, der sich auf ein statutum Juri Romano contrarium beruffe, die Gültigkeit und observanz des statuti beweisen müsse, solches ist unerfindlich: angesehen, die observantia eines statuti ob intentionem legislatoris so lange billig præsumirt wird, als ein anderer das Gegentheil und die Abschaffung nicht darthun kan.

§. LXXVIII.

Dergestalt hat man bey der Application des Römischen Rechts sich zuförderst nach denen Gewohnheiten, Statuten und Recessibus Imperial. umzusehen, ehe man nach dem Jure Romano decidirt. Ja man hat über dieses dahin zu sehen, daß man mit der Application des Röm. Rechts den teutschen territoriis keine Gewalt anthue. Denn obwohl in der Käyserl. Cammer-Gerichts-Ordnung davon nichts

nichts stehet, so geben es doch andere Reichs-Gesetze, und besonders der artic. 8. des Westphälischen Friedens gar deutlich, daß niemand unter was vor Schein des Rechtens es sey, in die Superioritatem territorialem eines andern einen Eingriff thun soll. Noch deutlicher und mit einem Exempel mich zu expliciren, so ist neulich eine dissertation de jurisdictione voluntaria extra territorium non exercenda unter meinem Præsidio gehalten, u. darin gezeiget worden, daß, ob wohl es im Jure Romano heisse, quod jurisdictio voluntaria etiam extra territorium exerceri queat, dennoch solches wegen des Unterschieds der teutschen territoriorum, und des unter einem souverainen Ober-Haupt stehenden alten Römischen Reichs, bey uns nicht angehe.

§. LXXIX.

Aus diesen allen erhellet nun, daß man das Römische Recht zu erlernen Ursache habe. Warum man aber dieses jus subsidiarium auf Universitäten in Collegiis zum Grunde lege, davon ist die Ursach diese, daß aus demselbigen die meisten Casus entschieden werden müssen, angesehen die ihm vorgehenden jura angustioris termini seyn, und wenig Fragen debattiren.

LXXX.

Endlich muß ich auch nicht vergessen, daß so wohl bey den Röm. Rechten, als auch bey den Statutis &c. ein grosses Theil auf die Erklärung

rung derer Facultäten, Schöppen-Stühle und berühmten ICtorum Schrifften ankommt. Denn obwohl dieselben keine potestatem legislatoriam haben, so üben sie doch das Jus interpretandi jura, welches, so lange der Landes-Herr, oder der Gerichts-Brauch keine andere Auslegung macht, allerdings in foro eine grosse Würckung hat, und vielen Fällen die Decision hergiebt. Solche Lehren derer Doctorum hiessen nun opiniones communes, und wenn sie einem Collegio nur eigen seyn, Opiniones Collegii. Zu wünschen wäre, daß diese opiniones communes und singulares nur allemal eine gesunde Hermenevtique zum Grunde hätten, und die ICti den Zustand der alten Röm. Republique von dem heutigen teutschen wohl unterscheideten, so würde nicht allein mit deren interpretation und application der legum Romanarum denen teutschen Sitten und territoriis nicht so viele Gewalt angethan werden, sondern es würden offt opiniones, so man biß anhero vor communes gehalten, gantz in Miß-Credit gerathen, und gerade das Gegentheil von Vernünfftigen beliebet werden.

§. LXXXI.

Ich kan nicht umhin den schönen locum von solchen opinionibus communibus, aus des Brenneysen seiner diss. de inutilibus pactorum Juris Romani distinctionibus hieher zu setzen, allwo er also schreibet: In quæstione, sagt er,

illa gravissima & utilissima de usu & observantia legum Romanarum in foris Germaniæ, & in quibus negotiis jus obtineat Romanum in praxi, optimum meo quidem judicio videtur consilium, ut illi, qui animum ad jurisprudentiam applicant, jus Romanum exemplo illustrium & saniorum Doctorum solide & non proletarie discant, historiam juris summo studio tractent, rationem status reipubl. Romanæ sibi cognitam reddant, in circumstantias historicas, prout fieri potest, singularum legum diligenter inquirant, & quibus ex rationibus vel legislatores Romani vel Jure Consulti ad hanc vel illam decisionem formandam inducti fuerint, & quomodo singula juris principia inter se cohæreant, vel quare ICti ad multas subtilitates à simplicitate juris naturalis recedentes, prolapsi fuerint. Hac enim ratione multo felicius & tutius in hac materia procedi posse existimo, quam si ad probandam juris Romani observantiam ad communes, ut vocantur, opiniones recurrat, & an secundum leges Romanas, an contra eas uno alterove foro judicatum sit, inquirat. Communibus enim tantum opinionibus niti, res est periculosissima & admodum lubrica. Facile enim contingere potest, ut adversarius tot Doctorum autoritates pro sententia contraria alleget, quot ipse pro sua. Communes enim extant opiniones contra communes, & hoc modo, qui locupletissima Bibliotheca instructus est, victoriam sibi facile promitteret contra

tra alterum, cui parva librorum ſuppellex eſſet domi. Unde etiam ICtus quidam celeberrimus alibi recte & graviter judicat, nullam unquam graviorem incubuiſſe jurisprudentiæ calamitatem, quam ab abuſu illo, & ſtudio provocandi ad opiniones Doctorum. Contra, ſi quis illa via, de qua nos diximus, incedat, accuratam principiorum juris Romani ſibi acquirere conatur notitiam, in infinitis juris quæſtionibus facile judicare poterit, quid de illorum uſu in foris noſtris ſtatuere oporteat. Videbit enim multas deciſiones non niſi obtorto collo ad praxin applicari poſſe, vel propter aliam proceſſus noſtri judiciarii rationem & diſtinctam à Proceſſu Romano, vel ob principium aliquod juris Romani apud Germanos nunquam introductum, vel alias rationes. Et ſic licet videat, multos Doctores pro obſervantia earum legum adhuc militare, & advocatos & judices in eis ſe fundare ſolere, facile tamen odorabitur, illorum jurisprudentiam falſo niti principio.

§. LXXXII.

Zum Beſchluß dieſes Capitels iſt zu gedencken, daß es am Ende, und ſilentibus legibus expreſſis, gar öfftera auf die natürliche Billigkeit ankomme, und bezeugt Herr Thomaſius in Præf. ad Jurispr. divinam, daß er in ſeiner langen Praxi gar viel dergleichen Caſus in foris erlebet, da man die deciſion ex jure naturæ & æquitate naturali herholen müſſen. Es muß

aber solches erst geschehen, wenn die andern Gesetze keine Versehung thun. Denn sonst heißt es: lex, utut dura est, tamen sequenda. Weiln ein judex kein Gesetze geben und abschaffen kan. Wiewohl die Herren Hallenser angefangen haben nach der Vernunfft zu sprechen, wenn ihnen ein lex gar zu irraisonable gedaucht, welches auch gar billig ist. Denn weil die Höfe nicht allemal Zeit haben, die Fehler der jurisprudenz einzusehen, so liegt einem gewissenhafften Jure consulto ob, dieselbigen nicht allein anzuzeigen, sondern auch abschaffen zu helffen, so viel an ihm ist.

Das II. Capitel

Vom Rechte derer Personen.

§. I.

WIr wollen denen Fußstapffen des Imperatoris nachgehen, welcher das Recht der Personen in 4. doctrinen vorträgt, deren die erste von der Knechtschafft, die andere von der väterlichen Gewalt, die dritte von der Ehe und die vierte von der Vormundschafft ist.

§. II.

Zuförderst aber hat man zu wissen, daß das Wort Person in vielerley Verstand genommen wird. Physice heißt es, einen Menschen, der

der Leib u. Seele hat. Moraliter und Juridice aber bedeutet es einen Menschē in seinem Stande betrachtet. So viel ein Mensch nun Stände hat, so viel repræsentirt er auch Personen. Also ist ein Studiosus als Studiosus eine persona Academica. Ist er dabey ein Graff, so ist er auch eine persona illustris. Hat er noch darzu ein Canonicat, oder ist schon unter die Miliz als Officier eingeschrieben; so ist er zugleich auch eine persona ecclesiastica & militaris.

§. III.

Ein Stand aber ist eine qualität, welche einem Menschen besondere Pflichten aufflegt, und auch besonderer Privilegien theilhafftig macht. Also hat ein Student neben den allgemeinen Pflichten eines Bürgers noch über dieses gantz andere Pflichten und Privilegia, als ein Soldat, und ist kein Stand in der Welt, von welchem man nicht fragen könte: was rechtens davon sey? Da nun alle Würden und Ehren-Stellen zum wenigsten einen besondern Rang und Recht geben, so folgt, daß selbige alle einen besondern Stand ausmachen.

§. IV.

So sieht es nun mit dieser Lehre in der Vernunfft aus. Die Röm. Rechte aber lehren davon etwas anders. Denn da hielten sie nur die Freyheit, das Bürger-Recht und das Familien-Recht vor solche Qualitäten, denen

sie den Nahmen eines Status beylegten. Die Dignitäten und Würden aber wolten sie mit dem Nahmen eines Standes nicht belegt wissen. §. 5. Inst. de capit. Demin. & Dominus Thomasius diss. de hominibus propriis.

§. V.

Aus diesem fundamente folgerte man nun, daß ein Knecht keine Person sey, weiln er zu Rom weder die Freyheit noch das Bürger-Recht hatte. Und obwohl einige objiciren, daß die Knechte vom Imperatore, ja selbst in die distinction der personarum, da er diese in sui & alieni juris abtheilt, gebracht worden, auch über dieses die Leges hin und wieder ihnen das prædicat einer Person beylegẽ. So ist doch darwider dieses zu bedencken, daß der Imperator in der Lehre de jure personarum von Knechten nur per modum oppositorum handele, ut opposita juxta se posita magis elucescant, die andern Leges aber gantz ein anderes im Sinn führen.

§. VI.

Mit besserm Grunde legen sich einige wider den §. 5. Inst. da die Senatoria dignitas vor keinen Stand passiret werden will, und stellen dargegen unterschiedene Leges aus dem Codice auf, allwo die dignitates ausdrücklich Status heissen. Worauf man ihnen entweder antworten muß, daß in diesen legibus

das Wort Status in sensu lexico & latiori, dort aber §. 5. Inst. angustiori & juridico genommen werde, oder man muß gestehen, daß das Röm. Recht im Kopffe nicht allemal zu Hause sey, und offt in Institutionibus etwas lehre, davon in ff. das Gegentheil befindlich.

§. VII.

So viel ist indessen gewiß, daß v. g. die verlohrne Raths-Herren-Charge keine Capitis deminutionem macht.

§. VIII.

Es nenneten aber die Römer Capitis deminutionem den Verlust eines von den drey bemerckten Ständen, und schrieben derselben gantz besondere Würckungen zu.

§. IX.

Wenn einer seine Freyheit verlohre, und ein Knecht wurde, von demselben sagte man, daß er maximam capitis deminutionem gelitten, angesehen er zusamt der Freyheit auch das Bürger- und Familien-Recht verlohr, als welches sie zu Rom keinem Knechte zu gestunden.

§. X.

Es wurde aber einer zum Knechte, wenn er sich davor auf gewisse Art verkauffte, oder in Gefangenschafft gerieth, oder aber wenn er

zum Tode verurtheilet war. Siehe unten c. 3. von Knechten, §. 2. 3. &c.

§. XI.

Wer das Bürger-Recht nur verlohr, hatte einen etwas geringern Verlust, welcher mit einem gelindern Nahmen media capitis deminutio hieß, und denenjenigen wiederfuhr, welche in Insulam deportiret wurden.

§. XII.

Von der deportatione in Insulam war die relegatio wohl zu unterscheiden, welche hauptsächlich darin differirte, daß sie nur auf eine gewisse Zeit daurete, und den Verlust der Güter und Rechte nicht verursachte; dahingegen ein Deportatus aller Güter und Ehre beraubet wurde. Ob nun einer als ein Deportatus oder Relegatus zu betrachten, solches mußte man aus der expression, welche bey dem Urtel oder Sentenz gebraucht wurde, erkennen.

§. XIII.

Heutiges Tages haben wir an deren statt gantz andere Arten von Straffen als die Römer. Wir haben die Verdammung auf die Galeren, welche in Schwaben gar frequent ist, und selbsten von denen ICtis öffters dictiret wird, weiln sie daselbst die Gelegenheit haben, daß die Venetianer die Leute selbst abholen und bezahlen, wovon der Richter den Vortheil

hat

hat, daß er die Kosten nicht darff ans Bein wischen.

§. XIV.

So wird auch gemeiniglich der Staupen-Schlag mit der ewigen Landes-Verweisung bey uns vor eine solche Straffe gehalten, welche einem des Bürger-Rechts verlustig macht, wovon Schilter in Exercit. unter andern zur raison dieses angiebt: weiln die öffentliche flagellatio zu Rom eine Straffe der Knechte gewesen. Wie denn selbst der Apostel Paulus dem Römischen Land-Pfleger damit nicht wenige Furcht einjagte, daß er sagte: Ists auch recht, daß man einen Röm. Bürger geisſele? Da wir nun diese Knechtische Straffe bey uns auch unter Bürgern recipiret, so müsse man ihr billig auch effectus serviles, worunter der Verlust des Bürger-Rechts zu rechnen, tribuiren. Aus welchem Grunde zugleich erhelle, warum nur der Staupen-Schlag und Landes-Verweisung, nicht aber die blosse Landes-Verweisung solchen effect habe. Nun will ich zwar den Schluß an sich selber nicht läugnen; alldieweiln aber der Verlust des Bürger-Rechts zu Rom die Würckung hatte, daß einer dadurch ein Peregrinus wurde, welche zu Rom viel härter gehalten wurden als bey uns: so will ich nur diese Erinnerung dabey thun, daß wir einen solchen Gestäupten als einen peregrinum Germanum, und nicht Romanum ansehen. Wenn

denn nun die peregrini bey uns heyrathen, erben und testiren können: so folgt von selbsten, daß dieses alles einem solchen Gestäupten erlaubt, wie Herr Bastineller gar wohl in einer diss. de receptis quibusdam sententiis thes. ult. anmerckt.

§. XV.

Minima capitis deminutio heißt der Verlust des Familien-Rechts, als da ist: wenn ehemals ein Vater einen Sohn aus väterlicher Gewalt gab, welches zwar eine Wohlthat hieß, aber auch diese Beschwernisse mit sich brachte, daß ein solcher Sohn das jus agnationis und mithin das Recht eine tutelam legitimam zu führen, verlohr, weiln per leges XII. nur diejenigen zur tutela in Ermangelung eines testamentarii tutoris gelassen wurden, welche agnati hiessen. So mochte auch ein solcher emancipirter Sohn mit denen übrigen in väterlicher Gewalt sich annoch befindlichen Brüdern wie auch sonsten seinem Vater nicht erbē. Ob nun wohl dieses alles in principiis schon zu Rom von denen Käysern abgeschaffet, indem nicht allein so viel die Succession, und die darauf gebauete tutelam legitimam betrifft, per Novellam 118. c. 4. & 5. alles auffgehoben war, sondern auch der Prætor denen emancipatis mit der bonorum possessione zu statten gekommen; so sind doch viele conclusiones dahero noch übrig geblieben, die auch in unsern foris noch gel-

gelten, als da ist: daß ein emancipatus die noch nicht angetretene Erbschafft auf die extraneos nicht transferirt. Stryck. de Successione ab intest.

§. XVI.

Auf solche Art wird man nun wohl begreiffen, was eine Person sey, und was ein Status heisse, und sich in die Lehre vom Rechte derer Personen besser schicken, welche wir nun besonders zur Hand nehmen.

Das III. Capitel

Von der Knechtschafft.

§. I.

ERstlich muß man sehen, wie es zu Rom mit denen Knechten ausgesehen, hernach-nachmals muß man die teutschen Sitten wieder besonders betrachten, und unter beyden eine Comparaison anstellen, so wird man gar leicht sehen, wie weit sich es mit der Römischen Knechtschafft in Teutschland will thun lassen oder nicht.

§. II.

Die älteste und hauptsächlichste Art, wodurch einer zu Rom ein Knecht wurde, war die Gefangenschafft, welches schon zu Zeiten Romuli gewe-

gewesen, denn da schreibet Dionysius Halic. L. 2. c. 74. Victoribus dividebant mancipia, quo libentius expeditionem susciperent.

§. III.

Damit sich auch die Röm. Soldaten und Bürger nicht so wohl auf des Feindes Barmhertzigkeit, als ihre Fäuste, verlassen möchten; so hielten sie diejenigen, so sich an die Feinde gefangen gaben, Zeit währender ihrer Gefangenschafft, vor Knechte, und ihre actus vor null, wenn sie nicht der Gefangenschafft wieder entlediget wurden.

§. IV.

So hatten sie auch die Art, daß sie die zum Tode würcklich Verurtheileten vor Knechte der Straffe, oder servos pœnæ, hielten, welches den Effect hatte, daß ein solcher nun nicht mehr testiren konte, welches aber bey uns unsern armen Sündern biß auf die letzte Stunde erlaubt.

§. V.

Endlich wurde auch die Verordnung gethan, daß einer ein Knecht bleiben mußte, welcher sich darzu verkaufft hatte, da zuvor die Freyheit, als eine res extra commercium & patrimonium angesehen wurde.

§. VI.

Uber solche Knechte nun hatte ein Römischer Herr das jus vitæ & necis, oder besser zu reden,

die

die jurisdictionem criminalem. Hopp. Comm. ad Instit. §.2. de his, qui sui vel alieni juris sunt.

§. VII.

Denn obwohl einem ieden Sieger, so lange er seinen Feind vor der Faust hat, bey gewissen Umständen freystehen möchte, selbigen zu tödten oder gefangen zu nehmen, so ist es doch nach einmal gegebenem Qvartier wider das Wort gehandelt, weñ man nach diesen einen Gefangenen ohne Verschuldē umbringet.

§. VIII.

Man kan daher das denen Römischen Herren zustehende jus vitæ & necis nicht von der Gefangenschafft herleiten, sondern muß es gleich dem jure vitæ & necis über ihre Kinder von der indulgenz des Romuli herholen, welcher einem Römischen Hauß-Vater über seine Familie alle Gewalt einräumete, damit sie ihn nur in andern Dingen frey schalten lassen möchten.

§. IX.

Gleich wie aber Romulus nicht mehr Gewalt über die Knechte hatte, als ein Ober-Herr über seine Unterthanen, selbige wegen begangenen Verbrechens am Leben zu straffen: also konte er auch den Hauß-Vätern nicht mehr geben.

§. X.

Sie maßten sich aber mit der Zeit ein weit meh-

mehres an, und liessen wohl eher einen Knecht schlachten, die Forellen damit zu füttern, oder liessen bey der Taffel ein paar Knechte unter sich oder mit wilden Thieren streiten, daher die folgenden Käyser sich gezwungen sahen, das jus vitæ & necis denen Herren wegen solches Mißbrauchs gar zu nehmen. Dio. Caſſ. L. 53.

§. XI.

So war auch ein Römischer Knecht keine Perſon, sondern wurde gleich dem Viehe zu den Dingen gezehlet. vid. ſupra. Woraus so dann erfolgte, daß er kein Römisches Bürger-Recht haben konte, das ist:

§. XII.

1) Er konte kein Testament machē, theils weil er nichts eignes besaß, sondern alles seinem Herrn acquirirte, ausser was ihm der Herr aus Generoſité lassen wolte, theils weil das Testament-machen ein Ausfluß des Bürger-Rechts war.

§. XIII.

2) Er hatte keine patriam poteſtatem civilem über seine Kinder, ob ihm wohl selbige die natürliche Ehrerbiethigkeit und den Gehorsam leisten mußten, so ferne ihr Herr nicht das Gegentheil befahl.

§. XIV.

3) Es wurde ihm zwar vom Herrn ein

Weib

Weib zu nehmen erlaubt, es hatte aber solches keine Bürgerliche Würckung, hieß auch keine Ehe, sondern gleich dem Vieh, ein blosser Beyschlaff oder contubernium.

§. XV.

Und obwohl die Römer ihre Knechte zu Aertzten, Musicis und öffters zu geheimen Staats-Sachen gebrauchten, so durfften sie sich doch daraus kein Recht machē, hatten auch keine Versicherung, wie lange es dauren würde. Dn. Thomas. in diss. de hom. propr.

§. XVI.

Solcher Knechte nun hatte mancher reicher Römischer-Herr 10. biß 12000. auf seinen Land-Gütern, so ihm in allen Fällen zu Diensten stunden, welches der Römischen Republique zu Zeiten der ersten Käyser eben ihren Untergang brachte.

§. XVII.

Dieser Knechtschafft aber wurden die Knechte durch die Freylassung entlediget, oder auch wohl in letzten Zeiten durch die Obrigkeit befreyet, wenn es die Herren ein wenig zu schlimm machten.

§. XVIII.

Die Arten zu manumittiren waren vielerley, war auch sehr gewöhnlich, zumahlen auf

dem

dem Todt-Bette, daß die Römer eine gantze Parthie mit einander frey liessen. Denn da machten sie nach ihrem Tode einen grossen Staat damit, wenn viele frey gelassene Knechte in besonderer Kleidung, daß man sie kennen konte, hinter dem Sarge hergiengen.

§. XIX.

Alldieweiln aber dadurch denen Creditoribus des Verstorbenen öffters zu wehe geschahe, so wurde diesem Dinge durch den legem Fusiam Caniniam Ziel und Maasse gesetzt, welchen Justinianus aber wieder auffgehoben. Dn. Gerhard. Prof. quondam Altorff. Diss. de lege Fusia Canin.

§. XX.

So sahe es nun mit der Knechtschafft zu Rom aus, wovon die teutsche mercklich unterschieden. Den ersten Ursprung derselben anbetreffend, so haben die Teutschen nach des Taciti Zeugniß schon damals im Gebrauch gehabt, daß sie ihre Freyheit verspieleten.

§. XXI.

Hernachmals haben die Francken, wie Lehmann in Chr. Spir. L. 2. c. 20. aus dem Agathia weist, von denen Römern gelernet, daß sie die Uberwundenen zu Knechten gemacht, und einen district ihren Militibus zugetheilet, wie man solches von denen Alemannen lieset, nachdem sie bey Zulpich von den Francken überwun-

wunden worden waren. Burgmeister de Ord. Equestri.

§. XXII.

Von denen Francken haben es nach dem Beato Rhenano die Sachsen gelernet, wie Meinders in tr. de jurisdict. colonaria Diss. 1. p. 18. behauptet. Gewiß ists, bezeugt es auch Wittichindus Corbej. L. 1. daß Käyser Henricus auceps das Meißner-Land solchergestalt unter seine Soldaten ausgetheilet.

§. XXIII.

Nach dieser Zeit, und bey im Schwange gehenden Faust-Recht, ist nichts gewöhnlichers gewesen, als daß einer, welcher des andern in dem Faust-Recht mächtig worden, die Knechtschafft über selbigen erlanget, und stehet ein schön Exempel davon von denen Zeiten Ludovici Bavari beym Schilter in Exerc. ad ff. de statu hominum.

§. XXIV.

Gleich wie aber bey einem jeden Uberwinder stehet, quem velit arbitrii sui modum, (daß ich mit dem Grotio rede) also ist leichte zu begreiffen, woher es kommt, daß die teutsche Knechtschafft, nach Unterscheid der Provintzen gantz unterschieden, und in einer immer härter als in der andern ist, in einigen aber nur in blossen geringen Frohnen bestehet. Hertius diss. de homin. propr.

§. XXV.

So frey es nun denen Römern gestanden hat, wie sie ihre Knechtschafft einrichten wollen, so frey hat es auch denen Teutschen gestanden, welche sich auch darinnen gar nicht nach Römischen Maasse gerichtet, so daß es eine grausame Schwachheit ist, wenn man unsere Leibeigenen und Bauren nach der Römischen Knechtschafft beurtheilen will. Dn. Thomas. de hom. propr.

§. XXVI.

Denn da haben unsere Leib-Herren das jus vitæ & necis über ihre Leibeigenen per modum jurisdictionis patrimonialis, und kan darinnen ein Herr nicht weiter als ein anderer Richter gehen. Einen schönen Beweiß davon giebt das Diploma Käys. Ferdinandi I. de Anno 1562. ab, welches in dem Corpore juris Lusatici p. 25. enthalten, und worinnen der Käyser den Land-Ständen von der Ober-Lausitz die peinlichen Gerichte über ihre Leibeigenen und Unterthanen, als eine besondere Gnade schencket, und leihet. vid. Herr Ludwigs diss. de differentiis Juris feud. communis & Lusatici p. 26. &c.

§. XXVII.

Es sind zwar unsere Leibeigenen ein pars fundi, und können mit selbigen verkaufft werden, sie sind aber deswegen keine res, sondern

so

so gut Personen als andere, weil wir die Röm. distinction inter triplicem statum nicht mehr haben.

§. XXIIX.

Was sich unsere Leibeigenen verdienen, weñ sie ihre Herren-Dienste versehen haben, solches ist ihre, und kan ihnen der Herr nichts nehmen, wenn ihnen iemand etlich 1000. Thl. schenckte oder vermachte.

§. XXIX.

Sie können dahero Testamente, wie andere, machen, und das Ihrige vertestiren, wem sie wollen, und sie keine suos heredes haben.

§. XXX.

Sie haben die väterliche Gewalt über ihre Kinder, und haben den usum fructum über deren Güter, wenn sie deren haben; Es hat auch der Edelmann, so lange ihre Kinder klein seyn, ihnen keine solche Maasse vorzuschreiben, oder die Kinder ihnen gar zu nehmen, wie es zu Rom ein Herr thun konte.

§. XXXI.

Ihre Ehen haben eben die Gestalt wie anderer freye Leute, und werden nach gleichem Rechte beurtheilet.

§. XXXII.

So haben wir auch die Römische Art vom Bürger-Rechte nicht mehr, und ist ein iedweder

der Einwohner eines territorii, ja so gar ein Fremder, so lange er da ist, ein civis reipublicæ.

§. XXXIII.

Wer diese Principia zum Grunde legt, wird sich gar leichte in das übrige schicken können, was die ICti von unsern Leibeigenen lehren, und wird Sonnen-klar begreiffen, daß die Lehre der Römischen Knechtschafft bey unsern Leibeigenen gar wenig applicable sey. Jedoch damit diejenigen ICti, welchen angst nnd bange ist, man möchte durch solche Ketzerey das gantze Römische Recht aus denen foris hinaus philosophiren, nicht gar zu erbittert auf mich werden, so will ich gestehen, daß man die Lehre der Römischen Knechtschafft argumento legis auf unsere Leibeigene appliciren könne, man muß es aber mit dem lieben argumento legis nicht gar zu plump machen, und allewege den diversissimum statum vor Augen nehmen. Siehe Mevium im Bedencken vom Zustande der Bauren. Dn. Thomas. Dissert. de hom. propr. & Diss. de usu practico distinctionis inter liberos & servos. Dn. Schacher. Diss. de Glebæ adscriptis Lusatiæ. Meinders de Jurisdict. colonaria, und Dn. Ludwig de colonis.

Das IV. Capitel
Von der våterlichen Gewalt.

§. I.

DJe våterliche Gewalt hat ihren Ursprung in dem Lichte der Vernunfft, welches dem Vater zu Erziehung und Ernehrung des Kindes anstrenget, biß sich selbiges selbst gouberniren, und Brod verschaffen kan.

§. II.

Hingegen ist das Kind verbunden, in allen denjenigen vom Vater zu dependiren, was obigen Zweck zu erhalten dienlich ist, biß selbiges vom Vater getrennet wird, da es ihm dennoch allen Respect schuldig bleibt.

§. III.

Dergestalt ist die natůrliche Gewalt der Våter mehr eine Last, als grosser Vortheil, wenn nicht die Bůrgerlichen Gesetze noch ein und anderes Soulagement vor die Våter hinzu gethan.

§. IV.

Zu Rom hatte es damit diese Beschaffenheit: Als Romulus die Rómische Republique einrichtete, sahe er gar wohl, daß sein zusammen gelauffenes Gesindel die Strengigkeit der Herrschafft

„ schafft nicht vertragen, sondern ihm allerhand „ Eingriffe in die Regierung thun würde, da„ hero er sich stellen mußte, als wenn er die „ Majestät mit denen Bürgern theilen wolte.

§. V.

Er ließ ihnen dahero frey mit ihren Familien zu schalten und zu walten, als Haußväter, welche noch im statu naturali lebten, dergestalt, daß ein ieder Römischer Haußvater, so zu reden, einen kleinen Regulum in seinem Hause repræsentirte. Denn gleichwie im statu naturali extra rempublicam ein ieder Haußvater einen Ober-Herrn seiner Familie darstellete, welchen die Nothdurfft lehrete, daß er die Seinigē mit aller Gewalt darzu anhalte, was die Nothdurfft der menschlichen Gesellschafft erheischte: also steht es demselben frey, wie weit er sich bey Einrichtung einer Republique seinem neuen Ober-Haupte unterwerffen will. Zu Rom erhieltē sich nun die Bürger auch intra rempublicam sich bey dem Ansehen, in ihren Familien einen quasi-regem darzustellen, wodurch es freylich mit der väterlichen Gewalt ein weit herrlicheres Ansehen bekam, indem die patria potestas mit der potestate patris familias vermischet wurde.

§. VI.

Denn ob wohl das Römische Recht alles was der Vater über den Sohn zu gebiethen hat der väterlichen Gewalt zuschreibet; so

hat

hat man doch die Hauß-väterl. von der väterl. Gewalt in seinen Gedancken gar wohl zu unterscheiden, weiln man sich anders schwerlich in die Dinge schicken wird, welche zu Rom der väterlichen Gewalt beygeleget worden.

§. VII.

Also wenn es heißt, daß zu Rom ein Vater das Recht über Leben und Todt seiner Kinder geübt: so ist dasselbe ein Ausfluß und Würckung der Hauß-väterlichen Ober-Herrschafft, nicht aber der väterlichen Gewalt, ob es schon dieser letztern beygeleget wird. Wiewohl dieses jus, welches, wie Franciscus Balduinus ad L. 17. Romuli anmerckt, in jurisdictione criminali bestund, denen Vätern nachgehends wieder genommen worden.

§. VIII.

Denn weiln die Väter sich dieses Rechts öffters mißbrauchten, wie die häuffigen Exemples ausweisen, oder besser zu reden, weiln die Käyser die Gewalt der Römischen Bürger nicht mehr gerne sahen, so wurde ihnen selbiges Recht nach der Zeit genommen, und weiter nichts als das jus die Söhne in delictis domesticis zu Hause, oder per judicem zu castigiren, zu gelassen.

§. IX.

Eben aus dieser Einrichtung der Römischen

Familien entsprung das principium: pater & filius habentur pro una persona. Angesehen der Sohn keinen andern nexum, als durch seinen Vater, welcher die gantze Familie repræsentirte, mit dem Könige und der Republique hatte.

§. X.

Woraus wiederum ein anders erfolgte, daß nemlich ein Vater mit seinem Sohn nicht contrahiren konte, wenn er ihn nicht zuförderst emancipirte, weiln zu einem Contracte zwey legale Personen erfordert wurden, wovor man einen Sohn zu Rom nicht hielte.

§. XI.

Nicht weniger war eine Würckung dieser Hauß-väterlichen Ober-Herrschafft, daß alles, was der Sohn erwarb, dem Vater gehörte, da nach der Vernunfft ein Vater von des Sohnes Gütern nicht mehr nehmen kan, als er auf denselben wendet. Wiewohl auch in diesem Stücke schon zu Rom eine Veränderung getroffen werden müssen, indem man die peculia eingeführet.

§. XII.

Denn da hat man, die jungen Römer zum Soldaten-Leben zu encouragirē, ein Gesetz gemacht, daß, was ein Sohn mit dem Degen erwirbt, oder erlangt, in seiner freyen disposition verbleiben solle, welches peculia ~~quasi~~-castrensia essen.

§. XIII.

§. XIII.

Und nachdem die erudition zu Rom mehr in Auffnehmen kam, so haben die Gelehrten und Feder-Fechter sich denen Soldaten gleich gemacht, welches um so viel leichter war, weil auf der Juristen argumentation ein grosses ankam.

§. XIV.

Endlich hat man die peculia adventitia regularia und irregularia auch einführen müssen.

§. XV.

Aus diesem Grunde siehet man gar leichte, woher es kommt, daß es zu Rom in regula hiesse: pater est conveniendus pro filio, welche regul ihre exceptiones durch die peculia bekommen, und zeiget Struv. in Exercitationibus, daß man einen Sohn nicht eher belangen können, als wenn die Sache das peculium adventitium und castrense anbetroffen. In andern Fällen aber mußte der Vater verklagt werden, weiln derselbe die gantze Familie repræsentirte und vor dieselbige zu repondiren schuldig war.

§. XVI.

Nicht weniger verstehet man nun leichte, warum die patria potestas zu Rom Zeit Lebens der Våter währete. Es war nemlich dasselbe eine Würckung der Hauß-våterlichen Ober-Herrschafft, da sonsten nach dem Rechte der Vernunfft die Gewalt des Vaters auff-

hört, wenn nemlich ein Sohn der Erziehung und Ernehrung nicht mehr bedarff.

§. XVII.

Ferner siehet man, warum ein Vater über seinen Sohn regulariter nicht eher die våterliche Gewalt bekam, als biß das Caput familiæ, der Vater, todt war, weiln er nemlich erst durch den Tod seines Vaters die Hauß-våterliche Gewalt erhielte, mit welcher er und seine gantze Descendence bißhero dem Vater, als Herrn, war zugethan gewesen. Nach der Vernunfft hat freylich ein Groß-Vater in die education und alimentation des Enckels von seinem Sohn nichts zu reden. Allein die Römer liessen die våterliche Gewalt überall mit der Hauß-våterlichen lauffen, oder besser zu reden, die Hauß-Våter gaben ihre Gewalt nicht eher aus den Händen, als biß sie starben.

§. XVIII.

So hatte auch keine Frau solche Hauß-våterliche Gewalt, als die selbsten unter der Familie begriffen war, und unter des Hauß-Vaters Ober-Herrschafft stunde. Daher es auch zu Rom hiesse, daß die våterliche Gewalt nur dem Manne zukomme.

§. XIX.

Aus dieser Einrichtung der Römischen Familien erhellet, daß sich die Römischen Regen-

ten wenig um dasjenige bekümmert haben müssen, was die Väter mit denen Familien vorgenommen. Daher auch nichts in der Welt war, wessen sich die Väter nicht unterstunden.

§. XX.

Die Kinder waren daher übel dran, und fast denen Knechten in vielen gleich, ja in einigen Stücken noch schlimmer, wie aus der trina venditione erhellet. Dionys. Halic. c. l.

§. XXI.

Und obwohl von dieser väterlichen, oder besser zu reden Hauß-väterlichen Gewalt von Zeiten zu Zeiten etwas abgeschnitten wurde, daß sie zu Justiniani Zeiten eine gantz billige Gestalt hatte; so sind doch noch viele reliquien von den alten Zeiten übrig geblieben, welche sich auf den alten Zustand gründen.

§. XXII.

Ich habe dahero schon oben die Lehre gegeben, daß öffters die Imperatores die principia abgeschafft, die conclusiones aber behalten, welche man nicht versteht, wenn man den ersten Ursprung und die principia nicht weiß.

§. XXIII.

Es wurden aber dieser Hauß-väterlichen Gewalt die Kinder auf unterschiedliche Arten loß. Das beste Mittel war der Tod, wodurch

die Kinder selbsten zu Haußvåtern wurden, wenn sie auch gleich nur etliche Wochen alt waren. Denn obwohl solche junge Leute unter der Gewalt des Tutoris stunden, so war doch dieses keine Hauß- våterliche Gewalt, als welche denen Pupillen zukam, ob sie schon selbige wegen zarten Alters selbst nicht üben konten. Woraus sich von selbst ergiebet, daß einer zu Rom ein Haußvater seyn konte, der keine Kinder hatte, und gar selbst noch unter der Vormundschafft stunde.

§. XXIV.

Die andere Art, dieses Haußvater-Recht zu verlieren, war, wenn ein Vater das Bürger-Recht verlohr, welches geschahe, wenn er in insulam deportiret wurde.

§. XXV.

Die patriam potestatem naturalem aber behielte er als ein onus auf dem Halse, angesehen es sonsten mehr eine Wohlthat als Straffe würde gewesen seyn, wenn durch die deportationem in insulam ein Vater der Last, seine Kinder zu ernehren, loß worden wåre. Es muste dahero die Römische Obrigkeit von den confiscirten Gütern des Vaters den Kindern so viel zur alimentation abgeben, als sie bedurfften.

§. XXVI.

Eben also war es mit der emancipation.

Wenn

Wenn ein Sohn schon groß war, bedurffte es der Erlassung aus der patria potestate naturali nicht, weiln selbige finito fine educationis von selbst auffhört; wohl aber aus der Hauß-väterlichen Gewalt, welche mit dem Tode des Vaters erst ihr Ende nahm, biß dahin er regulus familiæ verblieb.

§. XXVII.

Wenn aber der Sohn noch unerzogen war, konte ihn zwar ein Vater der Hauß-väterlichen Gewalt erlassen; er mochte sich aber dadurch das onus educationis und alimentationis nicht von dem Halse werffen.

§. XXVIII.

Wiewohl ich mich gar leichte bescheide, daß die Römer nicht allemal so genau distinguiret haben, obwohl meine Lehre ihren principiis sehr convenable ist, und der eigentliche Zustand der Römischen Republique allerdings diese Dinge zu unterscheiden mit sich brachte.

§. XXIX.

Endlich hörte diese Gewalt auch auf per servitutem pœnæ, per captivitatem usque ad restitutionem jure postliminii, per summum patriciatum und per adoptionem avi. vide supra.

§. XXX.

Diese formam hatte nun die mit der Hauß-

väterlichen Gewalt vermischte väterliche Gewalt zu Rom. Gleichwie nun die Einrichtung unserer teutschen Familien gantz anders, als die Römische ist, also solte man auch mit der Application des Römischen Rechts, was die Hauß- väterliche Gewalt anbelanget, ein wenig säuberlich verfahren.

§. XXXI.

Ich weiß nicht, ob man nicht der hohen Landesfürstl. Obrigkeit zu nahe treten würde, weñ man sagen wolte, daß unsere teutschen Hauß-Väter Regulos in ihren Familien repræsentirten, und so viel das directorium ihrer Familien anbetreffe, in statu naturali lebten. Wer dieses Ding so plump hin lehren wolte, hätte billich Ahndung davor zu gewarten. Allein die Herren Juristen, welche dieses principium würcklich in conclusionibus lehren, und mit der allzuharten application des Juris Romani unsere teutsche Haußväter zu Souverainen in ihren Familien machen, wischen mit ihrer Lehre durch.

§. XXXII.

Und wie kans anders seyn? die meisten Juristen bekümmern sich in der Lehre de patria potestate Romanorum um weiter nichts, als was in Corpore juris stehet. Dasselbe aber sind offt conclusiones ohne principiis, und müssen ihre interpretation in dem Zustand und Ein-

Einrichtung der Römischen Republique holen, wenn man sie anders nicht als die Kuh ein neu Scheun-Thor ansehen will.

§. XXXIII.

His præmissis, frage ich einen redlichen teutschen Patrioten, ob das nicht recht absurd ist, wenn man sagt, der Vater könne in unsern foris mit dem Sohn nicht contrahiren, wenn er ihn zuvor nicht emancipire, quia pater & filius habeantur pro una persona.

§. XXXIV.

Mein! thue mir doch den Gefallen, und siehe oben §. 9. nach, so wirst du finden, daß diese Dinge alle auf die besondere Einrichtung der Römischen Familien und die regalem patrumfamilias potestatem ankommen, welche sich auf unser Teutschland nicht viel besser schickt, als eine Faust auf ein Auge.

§. XXXV.

Uber dieses ist die gantze expressa emancipatio ein Ding, so nach der Römischen Kinder-Sclaverey und der Haus-väterlichen Gewalt schmeckt, und sich auf uns, da unsere Kinder keine solche mancipia mehr seyn, gar nicht reimt.

§. XXXVI.

Indessen gilt das Ding in unsern foris,

§. XXXVII.

Eben also ist es mit dem usu fructu beschaffen, welchen die Väter bey uns von der Kinder Güter haben.

§. XXXVIII.

Es ist zwar der Vernunfft gantz gemäß, daß ein Vater vor sein onus alimentationis & educationis ein soulagement habe, wenn die Kinder selbst Güter besitzen.

§. XXXIX.

Daß aber die Väter den Uberschuß, oder was sie auf die Kinder nicht wenden, lucriren, solches kömmt wiederum auf der Römischen Kinder-Sclaverey an, da die Kinder hierin denen Knechten gleich waren, und alles denen Vätern acquirirten, ausser was man nach der Zeit durch die peculia vor exceptiones gemacht hat.

§. XL.

Wunder ist es, daß wir noch die quasi-emancipation in unsern foris erhalten können, da ein Sohn durch eigene Haußhaltung, oder eine Tochter durch die Heyrath von väterlicher Gewalt befreyet wird, wiewohl dieselbe in der praxi wiederum mit vielen Römischen inconvenientien vermischt ist. Denn da zancken sie sich, was eigentlich separata œconomia heisse, und ob auch ein Soldat eine eigene Haußhaltung habe? welches sie mit Nein beantworten.

antworten. Sie wollen zwar in dem Sachsen-Rechte fussen, da es heißt, der Sohn soll eigen Feuer und Rauch haben, allein es scheint, als wenn sie bey dieser interpretation des Sächsischen Land-Rechts das Römische Recht sich nicht aus dem Kopffe bringen können, welches keinen Soldaten von väterlicher Gewalt frey sprach. Denn sonsten würden sie einen Mann, der sich mit seinem Weibe und Kindern von seinem Verdienst und Geld durch einen Tracteur speisen läßt, von der patria potestate auch nicht loßzehlen können, als welcher ja auch kein eigen Feuer und Herd hat.

§. XLI.

Sonst ist von dieser Separation noch zu mercken, daß von denen ICtis der Eltern Bewilligung darzu erfordert wird, und selbige regulariter nicht gezwungen werden können zu consentiren. Stryck V. M.

§. XLII.

Wenn aber die Eltern allzu rigoreus hierinnen seyn, und die Kinder deswegen in ihres Gewalt ohne trifftige Ursache oder raison aufhalten wolten, daß sie fein lange den usum fructum deren Güter lucriren mögen, so hätte man billig hierinnen ein Einsehen zu haben.

§. XLIII.

Jedoch weiln das lucrum usus fructus in unsern foris einmal recipirt, so wird in praxi auch

aus dieser raison der Eltern Bewilligung erfordert, oder besser zu reden, es müssen sehr trifftige Raisons verhanden seyn, wenn die Kinder wider der Eltern Willen sich separiren wollen, und muß solches zuvor bey dem Richter ausgemacht werden, ehe die Kinder zur separation schreiten. Strick V. M.

§. XLIV.

Aus diesen allen erscheinet nun, daß wir in unserer patria potestate nicht bloß der simplicitati juris gentium folgen, wie einige Juris Consulti vorgeben wollen; sondern, daß wir darneben eine potestatem patris familias civilem haben, oder besser zu reden, daß die patria potestas Germanorum, welche ehemals in ihrer Blösse gantz nackend einher gieng, nunmehro ein Römisch Kleid an hat, und formam civilem bekommen.

§. XLV.

Daher es sich auch in praxi gar wohl fragen läßt: ob per bannum imperiale & Saxonicum, item per fustigationem & perpetuam relegationem die patria potestas civilis auffgehoben werde, welches die ICti billich mit Ja beantworten, und in Reichs-Sachen durch Exemples erweißlich machen.

Das V. Capitel
Von der Ehe.

§. I.

Zum ersten Grund-Stein dieser Lehre will ich legen, daß eine Ehe ein natürliches pactum sey, welches aus allen requisitis pacti zu beweisen ist.

§. II.

Hieraus erfolgt, daß der ehelichen Parthey-en Consens darzu erfordert werde, quia pactum est duorum in idem placitum consensus.

§. III.

Derselbige muß krafft der Lehre de pactis nicht durch Hinterlist heraus gelocket werden.

§. IV.

Es distinguiren zwar einige, ob der dolus die accidentalia oder die essentialia matrimonii betreffe, und wollen nur im letztern Fall dem dolo die Krafft der annullationis matrimonii beylegen. Allein Herr Berger in œcon. juris lehret gar vernünfftig, daß darinnen kein Unterscheid zu machen sey, wenn nur der dolus causam matrimonio gegeben hätte. v. g. Wenn einer sich vor einen Edelmann ausgegeben,

und es nicht wäre, und das Mägdgen hätte ihn in der Absicht genommen.

§. V.

Mit dem Irrthum ist es etwas anders, denn da mag sich ein ieder die Schuld geben, daß er nicht sorgfältiger circa accidentalia nachgeforschet, besonders da nicht leichte ein Irrthum ohne Schuld ist.

§. VI.

Was die DD. Juris naturæ von der Furcht lehren, solches findet auch bey dem Consensu matrimoniali statt. Dn. Thomas. Instit. Ipr. div. L. 1. c. 1. Dn. Bruckner. de promiss. per vim extorta.

§. VII.

Ehe aber noch ein matrimonium zu seiner Vollkommenheit gelanget, pflegt man insgemein drey unterschiedene mahl zu consentiren.

§. VIII.

Das erste ist der Consensus præparatorius, wenn man auf gethane Anwerbung das Wort erhält.

§. IX.

Dieser bindet zwar in so weit, daß ein Theil nicht anders als alteri præstando quod interest abgehen mag. Wenn sie aber beyde zugleich auffheben wollen, steht es in ihrem freyen Belieben, quia pacta mutuo tolluntur dissensu.

§. X.

§. X.

So lange aber das Ja-Wort noch nicht gefallen, steht es dem Anwerber frey, ob er wieder anfragen will, oder nicht.

§. XI.

Der andere Consensus ist der Consensus sponsalitius, welcher bey öffentlicher Verlöbniß gegeben wird. Dn. Bruckner Diss. de differentia consensus sponsalitii & matrimonialis.

§. XII.

Durch diesen wird eine zwar meine Braut, aber nicht meine Frau, welches quoad effectus ein gar grosser Unterscheid ist.

§. XIII.

Eine Braut hat den Nahmen, Stand, Rang und forum des Bräutigams noch nicht, welches alles doch eine Frau bekommt. Siehe meine Diss. Inaug. de Jure præced. fœminarum.

§. XIV.

Ein Bräutigam erbt der Braut und contra noch nicht, wohl aber der Frau post conscensionem thalami nach Sachsen-Rechte.

§. XV.

Ist nun der Consensus sponsalitius ausgestellt, so heißt es nicht mehr pacta mutuo dissolvuntur dissensu, sondern es muß die Au-

toritas Consistorii darzu kommen, welches zwar nicht eben unrecht, aber wenn es aus dem fundament geschicht, quod matrimonia sint sacramenta, doch eine Reliquie der Papistischen Lehre ist, Strick. Diss. de reliquiis doctrinæ pontificiæ, quod matrimonia sint sacramenta in foris Protestantium.

§. XVI.

Uber diese Autoritatem Consistorii wird von einigen, so wohl wenn beyde Verlobten zufrieden seyn, als auch wenn einer sich nur weigert, justa dissensus causa erfordert. Alldieweiln aber die ICti das principium annehmen, daß ira irreconciliabilis, ob man gleich dessen keine Ursachen angeben könne, schon hinlänglich sey: so schliesset Herr Berger in œconom. Juris gar vernünfftig, daß es mit der Causa dissensus nicht viel in effectu zu bedeuten habe: angesehen einerley ist, keine Ursache bedürffen, oder eine solche anführen können, die man nicht beweisen darff.

§. XVII.

Das dritte ist der Consensus matrimonialis, da man eine vor seine Frau declarirt.

§. XVIII.

Zu Rom, da man von der Priesterlichen Trauung nichts wuste, geschahe dasselbe durch einen Brief, per instrumenta dotalia, zumahl wenn

wenn man aus einer Concubine ein Frau machen, und sie nomine & affectu maritali behalten wolte.

§. XIX.

In Teutschland haben wir an deren statt die Priesterl. Copulation, welche von einigen ad essentiam matrimonii, von andern aber nicht gerechnet wird. Soll ich meine Meynung davon sagen, so glaube ich zwar, daß eine Obrigkeit um guter Ordnung willen diejenigen Leute straffen kan, welche ohne Trauung zusammen gelauffen, wie wir auch solches in Sachsen thun, und die Leute noch ex post facto zur Trauung anhalten; allein daß man an andern Orten dieser unterlassenen Trauung halber die Ehe gar vor null erkläret und auffhebet, scheinet mir ein wenig zu harte zu seyn, weil doch die Trauung in heil. Schrifft nicht gegründet, und dergestalt nach der Vorschrifft der H. Schrifft an der perfection eines solchen matrimonii nichts ermangelt, dahero es billich heisset: Was GOtt zusammen fügt, soll kein Mensch scheiden.

§ XX.

Anfänglich war die benedictio sacerdotalis ein arbitrair Werck eines ieden, welches durch die Hersch-Sucht der Päbstlichen Clerisey zu einem Zwang gemacht worden, welche wir in unsern Consistoriis der guten Ordnung halber behalten. Hochmann. Diss. de bened. sacerd.

§. XXI.

Gleichergestalt giebt die Lehre de pactis die decision her, wenn die Frage ist, welche Verlöbniß vorzuziehen, wenn einer sich an unterschiedene Personen verlobet.

§. XXII.

Wenn alle beyde Sponsalia perfecta seyn, so heisset es, die ersten müssen vollzogen werden. Denn was ich einmahl versprochen, kan ich dem andern eodem modo nicht wieder zusagen.

§. XXIII.

Wenn aber beyde Sponsalia auf Conditiones gestellt seyn: so sollen nach der meisten Lehre diejenigen vollzogen werden, welche concubitu purificata seyn. Dn. Stryck. Diss. de sponsal. & in V. M.

§. XXIV.

Alleine wenn man betrachtet, daß ein Concubitus eine verbotene Sache sey, ~~welcher ei-~~ ~~nen~~ actum nicht kräfftiger machen kan, als er schon ist: quia vitiosum per æque vitiosum non convalescit, so fallen einige auf die gegenseitige Meynung.

§. XXV.

Wenn die Clandestina concubitu confirmiret werden, sollen sie zwar denen posterioribus publicis vorgezogen werden, welches aber nur n favorem der Geschwängerten zu deuten. n. de Lyncker Decis. 631.

§. XXVI.

§. XXVI.

Wenn zu keinem der Concubitus gekommen, so müssen die priora conditionata denen posterioribus vorgezogen werden, wenn schon bey den letztern die condition bereits existirt wäre, und bey der erstern noch nicht. Weiln eine condition auch obligirt, zum wenigsten ad expectandum donec existat. Beier. in positionibus ad ff. de sponsal.

§. XXVII.

Und auf diese Art wird man sich in die Lehre de Collisione sponsaliorum schon finden können. Ich will also selbige fahren lassen, und die distinctionem juris Canonici inter sponsalia de præsenti & de futuro ein wenig beleuchten. Wenn man dieselbe so erkläret, daß die letztern die conditionata oder die sponsalia Impuberum seyn, so mag es angehen, ausser diesen heist die distinction nichts. Dn. Berger. œcon. pag. 94.

§. XXVIII.

Ferner giebet es gewisse pacta, da ihrer zweyer Consens noch nicht gnug ist, sondern darein noch ein tertius was zu sprechen hat, ob er gleich nicht mit obligirt wird.

§. XXIX.

Gleiche Bewanndtniß hat es mit der Ehe, worzu auch der Eltern Bewilligung erfordert wird.

§. XXX.

Zu Rom war die Hauß-väterliche Gewalt die Ursache solches nöthigen Consensus.

§. XXXI.

Woraus von sebsten erfolgte, 1) daß ein emancipirter Sohn des väterlichen Consensus nicht mehr bedurffte. 2) Daß des Vaters Consens nicht nöthig war, so lange der Groß-Vater das Caput und regulus familiæ war. 3) Daß ein Kind der Mutter Consens zu suchen nicht schuldig war.

§. XXXII.

Bey uns folgen wir der Vernunfft hierinnen, welche denen Kindern aus Ehrerbietung gegen die Eltern solches aufferleget.

§. XXXIII.

Gleich wie nun solche Ehrerbietung so wohl einem der nicht mehr in väterlicher Gewalt stehet, als der noch in des Vaters Brod ist, gegen die Eltern oblieget, und zwar so wohl gegen den Vater als die Mutter, also ist auch bey uns inter emancipatos & non emancipatos kein Unterscheid mehr, und muß auch solcher Consens von der Mutter eingeholet werden.

§. XXXIV.

Jedoch mit dem Unterschied, daß wo die Mutter nicht will, des Vaters, als des Haupts der Familie, Bewilligung schon zu langt.

§. XXXV.

§. XXXV.

Wenn nun die Eltern keine justam dissentiendi causam haben, so können sie zum consentiren gezwungen werden, oder das Consistorium supplirt den Consensum.

§. XXXVI.

Wenn aber die Kinder solchen Consensum gar verabsäumet, ist zwar das matrimonium bey uns in Sachsen nicht null, es bekommen aber die Eltern daher zu allerhand Verfassungen gerechte Ursache.

§. XXXVII.

Endlich ist die Lehre de pactis bey dem Divortio unentbehrlich. Wo vor der Ehe bey einem Ehegatten eine impossibilitas Physica verhanden gewesen, welche demselben zum Zweck der Ehe inhabil machet: ist das pactum matrimoniale niemals richtig und verbindlich gewesen, kan also keine Scheidung heissen, wenn solche Ehe-Leute durch die Consistoria wieder gesondert werdē. Stryck. V. M. Tr. de R. N. §. 4. &c.

§. XXXVIII.

Gleiche Bewandtniß hat es mit denen nimis angustis anterioribus, der sterilitate, und dem morbo sontico, wenn sie vor der Ehe da gewesen. Denn wenn sie nach der Ehe erst entstanden, muß man es vor ein Schicksal rechnen, und mit Gedult aushalten, weil

Christus

Christus die einmahl gültig gewesenen Ehen nur aus 2. Ursachen getrennet wissen will.

§. XXXIX.

Dieselben sind der Ehebruch und die malitiosa desertio, welche wieder ihren guten Grund in der Lehre de pactis haben: Nam recedente uno a pacto, recedit & alter.

§. XL.

Endlich ist zu mercken daß die matrimonia vom Jure Canonico pro negotio ecclesiastico gehalten werden, welches wir in unsern foris behalten, und daher die Ehe-Sachen vor dem geistlichen Gerichte abhandeln.

§. XLI.

Ich kan aber in der That nichts geistliches bey der Ehe finden, und glaube ich mit dem Herrn Stryck, daß dieses eine Reliquie der Doctrinæ Pontificiæ, quod matrimonia sint sacramenta, sey.

§. XLII.

Die Personen, so einander nicht heyrathen dürffen, sind Levit. 18. recensiret, wo hinzu das Jus Canonicum noch sepimenta gemacht, welche in praxi wieder temperiret werden.

§. XLIII.

Zum Beschluß will ich noch diese General-Remarque zu diesem Capite machen, daß in der Lehre von Ehen der Nutzen des vernünfftigen

Rechts

Rechts gar sehr deutlich erscheine, und daß diejenigen Juristen, so ohne dieser Laterne in solcher Lehre wandeln, erschrecklich straucheln.

Das VI. Capitel

Von der Vormundschafft.

§. I.

DIe Lehre von der Vormundschafft ist im Römischen Rechte gar vernünfftig abgefasset, und nicht mit so vielen Schlacken vermenget. Darum ist auch der Nutzen derselben in unsern foris stärcker und leichter, als derer obigen.

§. II.

Wenn man recht wissen will, was die Vormundschafft und ein Vormund sey, so halte man beydes nur gegen den Curatorem und die Curatelam, u. suche den eigentlichē Unterscheid. Nam opposita juxta se posita magis elucescunt.

§. III.

Demnach ist nach dem Römischen Rechte ein Haupt-Unterscheid zwischen einem Tutore und Curatore darinnen, daß jener einem Pupillen auffgedrungen werde konte, einem Minori aber stunde es frey, einen Curatorem sich zu erkiesen oder nicht.

§. IV.

§. IV.

Daher kam es auch, daß man zu Rom von keinem Curatore legitimo nichts wuste, weiln die nächsten Anverwandten sich einem Minori nicht auffdringen konten. Eigentlich aber lag die Ursach daran, daß die Minores testiren und die Anverwandten ihrer Erb-Folge berauben mochten. Auf die Erb-Folge aber und die Ordnung der Succeßion gründete sich eben die Tutela legitima.

§. V.

Nachdem aber in des Käys. Caroli V. Policey-Reformation, articulo: von den Pupillen und Minderjährigen ꝛc. allen Ständen aufferleget worden, denen Minderjährigen so wohl als den Pupillen, biß sie zu ihren Voigtbarē und Mañbaren Jahren komen, im Fall keine Testamentirung verhanden, und die Anverwandten aus rechtmäßigen Ursachen der Vormundschafft sich nicht unterziehen wollen, Vormünder und Vorsteher zu setzen: und aber aus oben gesagten bekannt, daß die Reichs-Abschiede und Verordnungen in derer Stände Lande so lange gelten, als sie keine Gegenverfassung machen: so fällt beydes bey uns über den Hauffen, und muß ein Mündel so wohl, als ein Pupill, einen Vormund nehmen, da sich denn auch die Anverwandten nicht weigern dürffen, solches über sich zu nehmen, ob gleich der Mündel die Freyheit zu testiren hat, welches sonst die andere

dere Ursach war, warum zu Rom keine curatela legitima statt funde.

§. VI.

Der andere Unterscheid ist, daß zwar ein Tutor so wohl als ein Curator vor des Kindes Person und Güter Sorge zu tragen, iedoch daß jenes Haupt-Werck mehr auf die Person als die Güter gehet, dieses aber seine Sorge mehr vor die Güter als die Person ist. Das heist: Tutor datur primario personæ & secundario rebus, curator vero primario rebus.

§. VII.

Es zeiget sich dieser Unterscheid in verschiedenen Fällen gar mercklich. Denn da kan die Obrigkeit, unter welcher ein Pupill seine Güter hat, und nicht persönlich gesessen, wohl einen Curatorem bonorum, aber keinen Tutorem verordnen, weiln die Person, als das Haupt-Objectum eines Tutoris, nicht verhanden. Derjenige Magistrat aber, unter welchen ein Pupill entweder persönlich wohnhafftig, oder doch seine meisten Güter hat, und daher unter einen solchen Magistrat sein domicilium zu haben geglaubt wird, wie Berger. Diss. de nexu Juramenti fidelitatis & subjectionis gar wohl urgirt, kan ihm einen besondern Tutorem verordnen.

§. VIII.

So äussert sich auch der Unterscheid, daß wenn

wenn ein solcher Pupill zugleich einen Tutorem und Curatorem bonorum durch väterliche disposition oder sonsten erhalten solte, jenes Befehl in persönlichen Dingen, die Erziehung und Versorgung des Pupillen betreffend, nothwendig der Verweigerung eines Curatoris in Collisione vorgezogen werden müste.

§. IX.

So ist auch die Auctorität eines Tutoris, weit kräfftiger, als des Curatoris Consens in denen Unternehmungen der Unmündigen. Denn zu geschweigen daß ein Minor sich ohne des Curatoris Consens verloben, und von seinen Gütern durch Testamenta disponiren mag; so macht eines Tutoris auctorität bey denen negotiis Pupilli mehr als die Helffte aus, da hingegen des Curatoris consens weniger als die Helffte, so zu reden, beträgt.

§. X.

Ich wil mich etwas deutlicher erklärẽ: einem Pupillen gestehen die Rechte zwar einen solchen kräfftigen Consens zu, daß er andere verbinden kan, es muß aber des Tutoris auctorität ohne langes Verweilen darzu kommen: denn sonst dem andern freystehet, sich eines andern zu besinnen, und von seinem Versprechen wieder abzuweichen. Es sey denn, daß der Handel dem Pupillen Vortheil bringe, als da ist: wenn ihm etwas geschenckt würde, in welchem

Fall

Fall ihm die Rechte ohne solchen Unterscheid die facultatem alios valde obligandi eingestehē.

§. XI.

Ein Minor aber kan durch seinen einseitigen Handel einen andern in so weit binden, daß er bey seinem Worte halten muß, biß etwa der Curator seinen Willen declarirt, es geschehe über kurtz oder über lang. Dieses ist auch die Ursach, daß die Handlungen eines Minoris, so er ohne Zuziehung seines Curatoris vollstreckt, nicht, wie des Pupillen seine, so gleich ipso jure, wenn sie ihm schädlich, null seyn, sondern erst per restitutionem in integrum müssen rescindirt werden.

§. XII.

Ob nun wohl heute zu Tage diese Römische Grille, daß der Tutor mit seiner auctorität nicht so lange zaudern dürffe, als es der Curator thun könte, nicht beobachtet wird, wie der Hr. von Fuchs ad §. 2. Instit. de auctorit. tut. anmerckt; so dient es doch zum Verständniß des Röm. Rechts, solches zu wissen, damit einem die Juristen aus dieser Grille keine consequenz auf den Ermel hefften. Denn das ist der meisten ihre Gewohnheit, daß sie einem per argumentum legis öffters etwas auffbürden, und aus solchen Dingen Schlüsse folgen, deren rationes bey uns nicht mehr im Gebrauch seyn.

§. XIII.

Ferner ist auch ein Tutor von einem Curatore darin unterschieden, daß dieser zu einer ge-

wissen Sache gegeben werden kan, jener aber nicht. Also kan ich zu einem Proceſs einen Curatorem litis mir bestätigen lassen, und zum andern Proceſs wieder einen andern. Also auch, wenn eine Tochter mit ihrem Vater contrahiren will, muß sie, wenn sie gleich schon ihre Jahre erreicht, nach Sachsen-Recht dennoch einen Curatorem haben, welcher aber nur ad hunc actum gilt. Horn in Consil. P. 2. p. 92.

§. XIV.

Endlich war Jure Romano die Tutela darin von der Curatela unterschieden, daß jene mit dem 14den Jahre bey dem Männl. Geschlechte, bey dem Weibl. aber im 12ten Jahre ihre Endschafft erreichte; die Curatela aber vom 14tē biß ins 25te Jahr daurete. Ob nun wohl bey uns so wohl der Tutor als Curator ein Vormund heist, und wir weder in der Benennung, noch auch sonsten zwischen der auctoritate und consensu tutoris in der teutschen Sprache keinen grossen Unterscheid machen: auch derjenige, welcher einmal Tutor ist, die Curatelam biß zur Majorennität des Mündels fortführē muß; so verbleibt doch der Unterscheid in der That selber, und muß bey vorkommenden Fällen nach der Röm. Vorschrifft observiret werden. Ja selbst in der Ansprache hat man sich zu verwahren, daß man einem Vormund, dessen Unmündiger das 14de Jahr bereits überschritten, nicht ein Lateinisch prædicat giebt, so sich nicht wohl vor ihn mehr schickt, und würde es ver-

zweiffelt hart in Juristischen Ohren klingen, wenn ein Advocat in einer specie facti setzen wolte: als nun Cajus, da er bereits das 16de Jahr erreichet, mit seinem Tutore dahin kam etc.

§. XV.

Aus diesem allen ersiehet man nun, daß ein Vormund eine Person sey, welche, vermöge der Gesetze, über die Person eines Pupillen und dessen Güter die Auffsicht hat.

§. XVI.

Von diesen Vormündern hat man nun viererley Arten, nachdem einer etwan durch Zusage, oder durch das väterliche Testament des Pupillen, oder wegen naher Anverwandtschafft, oder unmittelbarer Verordnung des Magistrats zu solchem Amte gelanget.

§. XVII.

Die erste Gattung, da einer wegen seiner dem verstorbenen Vater gethanen Zusage die Vormundschafft verwalten muß, heist die Tutela promissa, oder pactitia, und hat ihren Grund in denen teutschen Moribus, krafft welcher einmal eingeführet, daß einer ein iedwedes Versprechen zu halten verbunden sey.

§. XVIII.

Das Jus Romanum weiß von dieser Vormundschafft, so aus Zusagen entstehet, nichts, weiln die pacta nuda directe bey denen Römern keine Verbindligkeit in Gerichten hatten.

§. XIX.

Es meynt zwar Hr. Stryck in V. M. Tit. de Tut.

§. 4. daß der §. 9. J. de excus. tutorum und der L. 15. §. 1. ff. de Exc. tut. von dieser tutela pactitia rede; allein es wird sich bey genauer Untersuchung dieser Texte finden, daß die Frage von dem Casu sey: ob einer, so dem Vater versprochen, die Vormundschafft über dessen Kinder über sich zu nehmen, auch hernach würcklich vom Vater des Pupillen im Testament zum Vormund ernennet wird, sich durch Entschuldigung der Vormundschafft entbrechen könne, wie solches einem solchen erlaubt, welcher ohne gethanes Versprechen von iemand im Testament zum Vormund verordnet wird?

§. XX.

Dergestalt ist nun die Tutela pactitia dem Röm. Rechte unbekannt, sie ist ihm aber doch nicht zuwider, oder durch dieselbige verboten. Denn obwohl die Pacta nuda keine actionem in foro producirten, und über dieses nur 3. species tutelæ in Jure Romano nahmhafftig gemachet worden; so waren doch Jure Romano die pacta nuda aus generosité zu halten nicht verboten, sondern hätten so gar vim exceptionis, obgleich nicht actionis. Die 3. nahmhafft gemachte species aber schliessen eben die 4te nicht gar aus, indem im Röm. Rechte viel distinctiones vorkommen, welche nicht adæquat seyn, wie Herr Thomasius diss. gar wohl gewiesen.

§. XXI.

Denen blinden Anbetern des Röm. Rechts will

will freylich das Ding nicht in den Kopff, und habe ich deshalber mit ihnen viel zu zancken gehabt, als ich zu Tübingen eine Dissertationem Epistolicam, von der Vormundschafft, so aus Zusagē entstehet, edirte. Allein die gesunde Vernunfft nebst denen moribus Germanorum, welche allen pactis gleiche Krafft und obligation geben, wie auch die praxis und das Zeugniß vernünfftiger Rechts-Lehrer haben mir darin völligen Beyfall gegeben.

§. XXII.

Denn da giebt es nicht allein illustres exemples unter denen Ständen des Reichs, wie an Churfürst Christian von Sachsen erhellet, welcher nach dem Zeugniß Mülleri in annalibus Sax. und Hrer Ludwigs Diss. 2. de diff. juris civ. & Germ. nebst den ordentlichen Anverwandten Hertzog Friedrich Wilhelmen von Altenburg, noch von dem Churfürsten von Brandenburg durch Zusagen die Vormundschafft über seine Printzen zu nehmen sich ausbath: sondern es weist auch Stryck in V. M. c. I. daß in privat causis von der Hällischen Facultät darauf gesprochen worden. Und sein Herr Sohn schreibt ad §. 9. Inst. de Exc. Tut. davon also: posset hæc quarta tutela species constitui tutela promissa. Quæ a testamentaria differt partim, quod sola promissio sufficiat, etiamsi postea in testamento tutor constitutus non sit, maxime hodie ex vi pactorum.

§. XXIII.

Auf gleichen Schlag schreibt Hertius in diss. de tutela regia S. 1. §. 11. Etsi testamentum non valeret, poterat cum alio pacisci, qui post mortem suam liberorum suorum tutelam gereret, quæ pactio haud dubie robur haberet. Mit diesem stimmt Herr Ludwig c. diss. 2. de differentiis juris civ. & Germ. und der Autor des teutschen Justiniani ad §. 9. Inst. de Excus. Tutorum und andere über ein. Ja die beyden Specula selbsten, wie aus der Gloss. Weichbild ad art. 26. und dem Jure Alem. Provinciali c. 99. §. 3. erhellet, geben ihren Beyfall. Endlich ist in der Lausitz ein Statutum unter dem Adel, des Inhalts: Wenn iemand von Herrn oder Adel mit Tode abgehen, und bey seinem Leben iemand von seinen Freunden oder Verwandten im Beyseyn anderer von Adel, oder sonst ehrlicher Leute darzu deputirt, soll es innerhalb 6. Wochen confirmiret werden, durch welches Statutum so gar bey Adelichen Lehn-Gütern die Tutela pactitia eingeführet worden. Dn. Ludwig Diss. de differentiis juris feudalis communis atque Lusatii Differ. 11.

§. XXIV.

Nun fragt sich: ob ein solcher Vormund denen testamentariis, legitimis u. dativis vorgezogen werden müsse? Von denen legitimis und dativis gebe ich es gerne zu, weil der paciscirende Vater 2c. selbige durch solche genommene Zusage hat ausschliessen zu wollen scheinet.

Wenn

Weñ er aber im Testamente nachgehends einẽ andern Tutorem geordnet, scheint es, als weñ er sein Vertrauen gegen den Tutorem promissum fallen lassen, weßwegen ihme die Gesetze auch nicht mehr zu favorisiren Ursach haben. Will man entgegen setzē, daß ein Pactum durch einseitige contravention nicht kóñe aufgehoben werden, so wird sich bey genauer Uberlegung findē, daß dieses pactum mehr den promittenten, als den Vater verbindet, und daß es mehr für eine Feindschafft zu halten, wenn ihm der Vater solche obligation durch anderweitige Verfassung wieder vom Halse nimmt.

§. XXV.

Bey solcher Gelegenheit kommen wir auf die andere Gattung der Vormundschafft, die testamentariam. Denn da ist einem Vater krafft seiner våterlichen Gewalt erlaubet, denenjenigen Kindern, welche er noch in solcher Gewalt enthålt, einen Vormund zu setzen, welchen die Obrigkeit nicht nur aus veneration gegen die våterliche Gewalt, sondern auch aus præsumtion, daß ein Vater seinen Kindern am besten rathen werde, allen andern vorziehet.

§. XXVI.

Allidieweiln nun diese tutela testamentaria nach Röm. Recht, als ein Ausfluß der våterlichen Gewalt angesehen wird: so folgt zwar von selbsten, daß die Mutter eigentlich keinen Vormund setzen kan, noch auch ein Vater einen aus seiner våterlichen Gewalt gelassenen

Sohn einen verordnen möge. Allein die Römer haben considerirt, daß ein Vater so wohl gegen seinen emancipirten Sohn, als wen̄ derselbe noch in väterl. Gewalt wäre, väterliche Liebe und Vorsorge tragen, und denselben durch einen Vormund wohl rathen werde. Daher in jure die Verordnung gemacht, daß ein solcher Vormund ob præsumtum parentis affectum allerdings zu passiren sey, iedoch daß die Obrigkeit denselben besonders bestätige. Dahingegen ein Tutor in testamento filio non emancipato datus keine Bestätigung von nöthen hat.

§. XXVII.

Ob nun wohl vermöge des Reichs-Abschieds de A. 1548. alle Vormünder bestätiget werden müssen, und dahero solcher Unterscheid auffgehoben zu seyn scheinet: so finden sich doch noch viele Fälle, da die distinction inter confirmationem, welche die Policey-Ordnung verheißt, und derjenigen, so in diesem Fall a jure Romano erfordert wird, gar genau zu beobachten. Grass. in Collationibus Recessuum Imperii & Juris Civilis.

§. XXIIX.

Denn da sind diese beyde Arten der Confirmation nicht allein nach ihrem Endzweck, sondern auch sonsten gar mercklich unterschieden. Der Endzweck der Policey-Ordnung ist, daß durch solche Confirmation ein Vormund die administration der Güter und das Recht im

Nah-

Nahmen des Pupillen zu agiren überkommen möge. Die Absicht aber des Römischen Rechts ist, einē imperfectum tutorem zu einem perfecto zu machen, angesehen sie diejenigen nur vor einen halben tutorem hielten, welchen v. g. ein Vater einem filio emancipato gesetzt. Ich habe oben bereits angeführt, daß die Römer zweyerley Ursache hatten, warum sie den testamentarium tutorem den andern vorzogen, die veneration gegen die väterliche Gewalt, und die præsumtion, daß es ein Vater sehr gut meyne. Die letztere Ursache ist auch bey dem filio emancipato verhanden, obwohl, die erstere ermangelt, welchen Defect zu suppliren, die confirmation in Rechten verordnet war. §. V. Inst. de tut. Hieraus ergiebt sich, daß ein tutor honorarius und notitiæ causa datus, das ist ein solcher, den der Vater im Testament zum Ober-Auffseher der andern Vormünder bestätiget, und die andern, sich Raths zu erholen, an ihn gewiesen, keiner confirmation ex Ordinatione politica bedürffe, weiln er gar keine administration der Pupillen Güter hat, wohl aber muß er sich confirmiren lassen, wenn er etwan von einem solchen Vater im Testament verordnet, welcher den Sohn nicht mehr in seiner Gewalt gehabt.

§. XXIX.

So ist auch der Unterscheid darin zu sehen, daß ein tutor imperfectus der Vormundschafft sich gar im geringsten nicht zu unterziehen hat,

ehe er confirmirt worden, der perfectus aber muß diejenigen Dinge versorgen, welche keinen Verzug leiden, und muß vor den Schaden stehen, der aus solchen Sachen dem Pupillen zugewachsen, ob er wohl nicht schuldig ist der übrigen Dinge, quæ moram patiuntur, sich zu unterziehen.

§. XXX.

So mag auch ein tutor imperfectus die Confirmation unurgirt erwarten, der Perfectus aber muß darum selbst Ansuchung thun. Thomas. Diss. de tut. §. 12. Endlich wenn die Confirmation aus ein und andern Ursachen vom Magistratu verweigert worden, mag der Perfectus seine auffgewendete Kosten actione tutelæ utili vom Pupillen wieder fordern; dahingegen der Imperfectus zur negotiorum Gestione, oder actione in rem versa seine Zuflucht nehmen muß.

§. XXXI.

Gleiche Bewandtniß hat es nun mit dem Vormund, welchen eine Mutter im Testament verordnet. Wenn dieselbe ihren Kindern mehr als die legitimam verlassen hat, so admittiren die Jura einen solchen Tutorem, consideriren ihn aber, wegen ermangelnder väterlicher Gewalt, vor einen Imperfectum, wovon die effectus bereits gezeiget worden.

§. XXXII.

Es muß aber der Vater schon todt seyn, weñ die Mutter im Testamente einen Vormund

soll

soll setzen können. Den Usumfructum aber kan sie dem Vater biß auf die legitimam allerdings entziehen. Eben dieses kan auch eine Groß-Mutter im Testamente thun, welcher noch darzu frey gelassen, denen Kindern einen andern Tutorem, als der Vater ist, zu setzen, wiewohl auch de praxi Germaniæ von einigen der Mutter solches eingeräumet wird, denen ich gar gerne ob paritatem rationis Beyfall gebe.

§. XXXIII.

Sonst ist vom Tutore Testamentario noch zu mercken 1) daß er zugelassen wird, wenn gleich das Testament wegen einiger Mängel vor sich nicht gültig wäre. Nur daß er alsdenn gleich dem tutore Imperfecto der Vormundschafft vor der Confirmation auch in Nothfällen sich nicht anzumassen schuldig ist. Wovon die Ursach mir diese zu seyn scheinet: weiln ein solches Testament billig vor untergeschoben gehalten wird, und man dahero wegen des väterlichen Affectus, auf welchen man bey der tutela testamentaria so viel trauet, noch nicht versichert ist.

§. XXXIV.

2) Mag es ein Testamentum scriptum oder nuncupativum seyn, worin der Vater einen Vormund verordnet.

§. XXXV.

3) Wenn der Testator dem Vormund der über sich zu nehmenden Vormundschafft halber

etwas vermacht hat, so bekommt solches der Vormund nicht, wenn er sich von der Vormundschafft durch excusationes loß wickelt.

§. XXXVI.

Wo aber im Testamente kein Vormund gesetzt, oder der ernennte vor untüchtig erkannt wird, oder sich selbst durch Entschuldigungẽ der Bürde entlediget, alsdenn nehmen es die nächsten Anverwandten, und die Hoffnung haben, am ersten zur Succession zu gelangen, über sich, iedoch mit dem Unterschiede, daß es einigen in ihrem freyen Belieben stehe, ohne einige anzugebende Ursache der Vormundschafft sich zu enthalten, andre aber derselbẽ bey Verlust ihres Erb-Rechts ohne eine zulängliche Entschuldigung sich annehmen müssen.

§. XXXVII.

Unter die erste Gattung gehöret die Mutter, und wo diese nicht verhanden, die Groß-Mutter. Diesen stehet es frey, der Vormundschafft sich zu entziehen oder nicht, es sey deñ, daß sonst eine natürliche Hinderniß verhanden, so sie untüchtig machte, des Mündels Sache zu besorgen. Es haben auch die Jura gantz recht darin: weil man gegen eine redliche Mutter und Groß-Mutter allerdings das Vertrauen haben soll, daß sie ihrem eigenen Fleisch und Blut wohl vorstehen und rathen werde.

§. XXXVIII.

Es heist zwar sonst, daß eine Frau keine eine Vormundschafft führen könne, wovon

die Ursach im Jure diese zu seyn angegeben wird: daß die tutela ein munus publicum sey, welches auch daher seine gute Richtigkeit hat, weil nach der Regul: pupilli sunt in tutela reipublicæ, der Republique allerdings obliegt, für die Unmündigen zu sorgen, damit deren Vermögen nicht verschwendet, und sie übel erzogen werden. Alldieweiln nun nach Röm. Gesetzen keine Frau ein munus publicum führen könte: so dürffte dahero Zweiffel erwachsen, ob es mit dem, was wir von der Mutter und Groß-Mutter gesagt, seine ungezweiffelte Richtigkeit habe? Allein darauf dienet zur Antwort, daß nicht nur bey der Mutter und Groß-Mutter eine exception von dem Lege gemacht werde, in Ansehung der gar zu guten præsumtion, so die Mutter und Groß-Mutter vor sich hat, sondern es leidet auch der Lex bey uns darin überhaupt einen Abgang, daß die Weiber allerdings der öffentlichen Aemter fähig seyn. Denn ob man ihnen wohl die Burgemeister- und Amtmañs-Stellen nicht anvertrauet; so können doch die Weiber jurisdictionem patrimonialem haben, ja gar auf dem Reichs-Tage Sitz und Stimmen führen, wie an dem Exempel der Gefürsteten Aebtißinnen von Lindau ꝛc. erhellet. Dahero auch das Jus Canonicum bewogen worden, den Ausspruch C. 4. delecti de arbitris dahin zu thun, daß eine Frau, welche jurisdictionem patrimonialem sonst besitze, ein arbiter seyn könne. Bey solcher der

Sa-

Sachen Bewandniß, und da die Ration der Römer nicht durchgehends mehr statt findet, stehe ich nicht mehr an, den Schluß zu machen, daß v.g. eine Edel-Frau, welche jurisdictionem patrimonialem würcklich hat, im Testamente zu einer Vormünderin eines andern von Adels allerdings erneñet werden könne, weñ sie gleich desselben Anverwandtin nicht ist. Denn sonst, wenn sie v. g. dessen Mutter oder Groß-Mutter ist, kan sie aus obberührten Ursachen Vormünderin desselben seyn, wenn sie gleich keine jurisdictionem patrimonialem hätte.

§. XXXIX.

Und obwohl sonst die raison, warum die nähesten Anverwandten die Vormundschafft über sich zu nehmen haben, diese ist: daß sie die Hoffnung zur succession haben; So werden doch die Mutter und Groß-Mutter wegen der allzustarcken præsumtion ihrer Mütterlichen Vorsorge vor ihre Kinder und Enckel zur Vormundschafft auch in Lehn-Gütern gelassen, worin sie keine Erb-Folge zu hoffen haben.

§. XL.

Ja wenn gleich die Mutter und Groß-Mutter denen Unmündigen schuldig wären; werden sie doch zugelassen, da doch sonst ein debitor des Mündels Vormund nicht seyn kan.

§. XLI.

Damit aber doch die Obrigkeit gesichert seyn möge, daß die Mutter und Groß-Mutter ihr müt-

mütterlich Hertz nicht verändern, und zu Schaden derer Unmündigen handeln möchten: so lässet sie sich versprechen, daß sie nicht wieder heyrathen wollen, sintemal die allgemeine Erfahrung zeigt, daß die Mütter ꝛc. wenn sie neue Männer bekommen, rechte Stieff-Mütter ihrer vorigen Kinder werden. So müssen sie auch bey Antritt ihrer Vormundschafft ihrem SCto Vellejano einmal vor allemal renunciirẽ. Wiewohl an einigen Orten Teutschlandes es mit beyden dergestalt gehalten wird, daß eine Mutter ꝛc. nicht eben versprechẽ muß, nicht wieder zu heyrathen, sondern es wird ihr nur alsdenn die Vormundschafft genommen, wenn sie zu einer neuen Heyrath schreitet. Wie es deñ auch mit der renunciation des SCti Vellejani einiger Orten dergestalt gehaltẽ wird, daß sie bey iedem actu, den sie im Nahmen ihrer Unmündigen verrichtẽ, ihrem SCto renunciiren müssen.

§. XLII.

Endlich ist von dieser tutela materna & avia zu mercken, daß dieselbigen nach Sachsen-Recht den Usumfructum der Kinder Güter lucriren. Denn gleichwie sie schuldig gewest wären, im Fall die Kinder nichts gehabt, selbige zu erziehen, also mag man ihnen auch wohl den Vortheil gönnen, daß sie davor etwas lucrirẽ.

§. XLIII.

Fast gleiche Bewandtniß hat es mit dem Groß-Vater, wenn einer vorhanden, welcher auch der Vormundschafft sich ohne Ursache ent-

entschlagen mag. Wenn er aber selbige über sich nehmen will, wird selbiger einer Groß-Mutter, nicht aber einer Mutter vorgezogen, vor welche allerdings die meiste præsumtion ist.

§. XLIV.

Es ist aber dieses alles von dem Fall zu verstehen, wenn denen Unmündigen der Vater gestorben. Wenn ihnen aber die Mutter erst gestorben, und der Vater noch am Leben, ist dieser väterlicher Vormund seiner Kinder, und in Entstehung des Vaters der Groß-Vater. Jedoch mit der Bewandtniß, daß keiner von beyden darzu gezwungen werden kan, und der Vater seinen unmündigen Kindern, wenn er selbige zuförderst emancipirt hat, einen Vormund selbst über die Mütterlichen Güter setzen kan, aus welchem letztern Herr Stryck. in V. M. de tut. §. 3. schliessen will, daß die natürliche Vormundschafft eines Vaters ein Ausfluß und Effect der väterlichen Gewalt seyn müsse; welches ich aber deßwegen nicht zugeben kan, weilen ein Vater auch Vormund über seinen Sohn ist, wenn er ihn gleich schon zuvor, ehe die Mutter gestorben, emancipirt hätte.

§. XLV.

Dieses sind nun diejenigen Anverwandten welche die Vormundschafft annehmen können oder nicht. Die übrigen, als Brüder, Schwestern, &c. müssen entweder eine hinlängliche Entschuldigung vorbringen können, oder werden

den ihres Erb-Rechts verlustig. Denn da heist es: qui habere vult commodum successionis, habeat etiam onus tutelæ.

§. XLVI.

Alldieweil nun solchergestalt die Verbindlichkeit der nechsten Anverwandten, die Vormundschafft über sich zu nehmen nach Römischen Rechte auf die Hoffnung der Erb-Folge gegründet war: die Unmündigen aber nach erlangter pubertät, das ist, bey den Männlichen im 14den und bey dem Weiblichen im 12ten Jahr ihr Vermögen vertestiren, und denen Anverwandten solche ihre Hoffnung zu Wasser machen konten: so waren dieselben auch nicht verbunden die curatelam über sich zu nehmen, wenn gleich der Minor selbst darum bath, und hieß es: non datur curatela legitima. Allein in Teutschland sind die Anverwandten vermöge der reformirten Policey-Ordnung und der communi praxi schuldig, nicht allein die einmahl auff sich genommene tutelam biß zu Ende der curatelæ zu continuiren, sondern auch im Fall der Minor noch gar keinen Curatorem gehabt, solche curatel über sich zu nehmen. Und wenn man auch die Sache recht beym Lichte besiehet, so ist die blosse Hoffnung, im Fall ein Minor kein Testament macht, dessen Erbschafft zu überkomen, schon werth, daß man die Anverwandten zur curatel anhält, zumahl der casus selten geschicht, daß die Minores ans testiren dencken.

§. XLVII.

Es ist aber dabey wohl zu bemercken, daß ein Anverwandter zur Vormundschafft nicht zugelassen wird, welchen der Testator im Testament einmahl ausgeschlossen; sondern der Magistrat muß indessen einen Dativum verordnen. Also wenn ein Vater im Testamente einen Minorem zum Vormund setzte, kan derselbe die Vormundschafft nicht eher als nach erlangten Jahren über sich nehmen, der Magistrat aber muß biß dahin einen Vormund verordnen. Die Ursache dessen scheinet mir diese zu seyn: weil daraus, daß ein Vater einen Anverwandten von der Vormundschafft einmahl excludirt, zum wenigsten abzunehmen, daß er kein gut Vertrauen zu selbigen gehabt, und also der Magistrat keine bessere Zuversicht zu ihn fassen könne.

§. XLVIII.

Dergestalt haben wir in Teutschland nicht nur Tutores, sondern auch Curatores legitimos, welche aber unter denen Privatis eine weit geringere Gewalt als unter Fürsten und Chur-Fürsten haben: denn bey diesen sind sie nicht so wohl blosse Vormünder als Interims-Regenten, welche alle revenüen des Landes ziehen, und daher Administratores heissen, wie wir an dem Exemple Friedrich Wilhelms von Altenburg, der Chur Sachsen Administratore, und Hertzog Friedrich Carl des Hertzogthum Würtembergs Administratore gesehen.

§. XLIX.

§. XLIX.

Diese Administratores werden zu Reichs-Versamlungen verschrieben, und nicht ihre Unmündigen, legen auch daselbst ihre vota nomine suo und nicht nomine Pupilli &c. ab, welches nicht geschehen könte, wenn sie jura privatorum hätten. Herrns Grund-Feste des H. R. R. pag. 34. So haben sie auch sonst Macht im Lande zu disponiren, und Verordnungen zu machen, ja gar zu reformiren, wie man an denen Exemples Johann Casimirs von der Pfaltz, und des Herrn Administratoris von Altenburg, aus den Pfältzischen und Sächsischen Geschichten umständlich ersehen kan.

§. L.

Und ob wohl in der güldenen Bulle versehen, daß ein Chur-Fürst im Testament keinen Vormund setzen, sondern dem nechsten Anverwandten allemahl solch Amt überlassen soll: so hat man doch in der Pfältzischen Historie unterschiedene Gegen-Exemples, und kan die Gründe in des Freheri tractat de tutela Electorali Palatina nachlesen. vide Giovanni Germ. Princ. L. 6. c. 1.

§. LI.

Wenn nun auch kein Anverwandter verhanden, oder derselbe sich entschuldiget, so ist die Obrigkeit eines Mündels gehalten, demselben einen Vormund zu verordnen, weiln die Obrigkeit aller unmündigen Kinder Ober-

Vormund und Versorger ist. Daher es auch heißt: pupilli sunt in tutela reipublicæ, welche Regel ein principium vieler conclusionum im Vormundschaffts-Recht ist. Sie ist auch der gesunden Vernunfft gantz gemäß, sintemal einem Staat viel daran gelegen, daß die Unmündigen nicht um das Ihrige gebracht, und wohl erzogen werden. Denn sonst bekommt die Republique desperate Bürger über den Hals, welche allen Unfug anfangen, und mit Galgen und Schwerdt zu demjenigen angehalten werden müssen, was ihnen in der Jugend eine gute Zucht lehren können.

§. LII.

Aus diesem principio fließt nun, daß kein Bürger einer Vormundschafft sich weigern könne, in Betrachtung, daß ein ieder an dem daraus auf die gantze Republique fliessenden Wohlseyn Theil nimmt.

§. LIII.

So erhellet auch gar leichte, warum bey uns ein ieder Vormund von dem Magistratu nicht nur bestätiget, sondern auch genau betrachtet werden muß, ob ihm zu trauen oder nicht, welches die Römer tutorem cum inquisitione dandum hiessen, damit nemlich der Magistrat gewiß versichert sey, daß den Unmündigen durch solche Vormünder in der That wohl gerathen sey. Deñ ob wohl die præsumtion vor den tutorem

te-

testamentarium ist, daß Vater und Mutter am besten wissen werdē, wer ihrem Kinde wohl vorstehē werde, auch bey der tutela legitima die præsumtion vor die Bluts-Freunde streitet, daß sie wegē der angebohrnē Liebe redlich handeln werden; so kan doch ein Vater bona fide irren, und ein Bluts-Freund kan, wie die Erfahrung alle Tage lehret, noch weniger auf dessen Anverwandten Wohl bedacht seyn, als ein Fremder. Wiewohl in diesem letztern Fall der Magistrat schon verthan, wenn der Anverwandte vom Anfange her nur nicht im übeln Ruff stehet.

§. LIV.

Aus eben diesem Grunde liegt einer Obrigkeit ob, von einem angehenden Vormunde sich Sicherheit durch Bürgen geben zu lassen, angesehen sonsten, wenn dieses unterlassen: auch oben gedachte dem Magistratu obliegende Dinge verabsäumet worden, der Unmündige seinen Regress an die Obrigkeit nehmen kan, welches daher actio subsidiaria heißt, weil er zuförderst zusehen muß, ob er an seinem Vormund sich seines Schadens nicht erholen könne. In Sachsen pfleget man darin gar wohl zu handeln, daß man keinen zum Vormund nimmt, welcher nicht angesessen, daher man auch der Satisdation und weitern Bürgschafft eben nicht bedarff.

§. LV.

Das übrige von der Vormundschaffts-Lehre mag aus diesen Grund-Sätzen nunmehro gar leichte gefolgert, oder doch an diesen Probier-Stein angestrichen werden.

Anderes Buch,

Das I. Capitel

Von dem Rechte so man zu einer Sache hat.

§. I.

Man kan auff zweyerley Art ein Recht auff eine Sache haben, entweder ohne Absicht auff eine gewisse Person, oder mit derselben Absicht. Z. E. Ich oder mein Haus haben das Recht, daß meines Nachbars Hauß mein Tachwasser aufnehmen muß. Dasselbige Recht behalte ich, wenn gleich der Nachbar sein Hauß an Titium und Mevium verkaufft. Dergestalt habe ich hier ein solches Recht, welches auf das benachbarte Hauß und dessen Besitzer fundirt ist, es mag derselbe heissen wie er will. Gleichergestalt ist es damit bewandt, wenn eine Sache

che mir eigenthümlich zusteht: denn da habe ich ein Recht auf selbige ohne einer gewissen Person zu gedencken, kan auch selbige, wenn sie mir von Händen kommen, wieder vindiciren, es mag sie Titius oder Mevius besitzen. Dahingegen, wenn mir iemand 100. Thlr. schuldig ist, so habe ich zwar auch ein Recht zu einer gewissen Sache, nemlich zu 100. Thlr. es klebt aber dasselbige an einer gewissen Person, nemlich demjenigen, der von mir geborgt, und dessen Erben. Wenn nun derselbe nichts zu bezahlen hat, so bin ich um mein Geld, wenn gleich dasselbige noch in eines andern Händen vorhanden wäre, welcher v. g. damit von meinem Schuldner bezahlet worden wäre. Jene Gattung nun, da man keine Absicht auf eine gewisse Person hat, heißt jus in re, die andere aber jus ad rem.

§. II.

Von dem jure in re hat man wieder besondere species, um deren Anzahl die ICti nicht einig seyn. Sie geben zwar alle zu, daß das Eigenthums-Recht, die Servitut, das Erbschaffts-Recht, das Pfand-Recht, und der Besitz species juris in re seyn; sie streiten aber darum, ob sie alle fünffe von einander dergestalt unterschieden, daß keine die andere in sich begreiffe, oder ob vielmehr eine unter die andere noch könne gebracht werden?

§. III.

Der berühmte Born in Leipzig hielte dafür, daß das Eigenthum das genus der übrigen alle sey, und selbige als species dominii unter sich begriffe: denn was ist eine servitus anders, als daß ich auf gewisse masse an dem Eigenthum des Prædii servientis in so weit mit Theil nehme, daß ich mit meinem Rechte nach Belieben schalten kan. Das Erbschaffts-Recht ist nichts anders als ein dominium traditione nondum consummatum, und wenn die Eltern noch leben, so ist der Kinder ihre Hoffnung zur Erbfolge ein dominium dormiens, wie Herr Thomasius in einer besondern diss. de dominio liberorum gezeigt. Gleichergestalt ist die Hypothec ein auf dem Eigenthum eines andern fundirtes Recht, krafft welches ich auf ein und die andere Weise an selbiger mit Theil nehme. Und der Besitz giebt allemal so lange præsumtion, daß das Eigenthum einer Sache mir zukomme, biß mich der andere mit Recht daraus setzt.

§. IV.

Herr Struv hingegen hat es mit dem Besitz und dem Pfand-Recht vor so ausgemacht nicht halten wollen, und hat es ihme zu harte geschienen, selbige zum Eigenthum zu bringen. Daher er lieber 3. species juris in re machen wollen, dominium, pignus und possessionem.

§. V.

Die allermeisten ICti aber sind der Meynung verblieben, daß von diesen 5. Speciebus keine über die andere herrsche, sondern selbige neben einander zu setzen, welches wir auch thun, und selbige von Stück zu Stück durchgehen wollen.

Das II. Capitel

Von dem Eigenthum einer Sache, und wie man selbiges erlanget?

§. I.

Ehe man noch sagen kan, was das Eigenthum sey, muß man zuförderst zeigen, was bey den Juristen eine Sache heisse. Wenn man dieses Wort im Lexico nachschlägt, so sind die Engel, der Him̃el und die Sterne auch Sachen. Wenn man aber die Sache im Juristen-Lexico nachschlägt, so findet sich, daß die ICti nur dasjenige eine Sache nennen, wegen welcher eine Streitigkeit in Gerichten entstehen kan. Weiln wir nun wegen der Engel und dem Himmel niemahln auf dem Rath-Hause streiten, so läst der Juriste diese Dinge auch nicht unter dem Nahmen einer

Sache passiren. Mit einem Worte: res hic accipienda est de re juridica.

§. II.

Eine solche Sache nun ist entweder in patrimonio oder extra patrimonium. Jenes sind die Dinge, so einem eintzigen Menschen zustehen. In diesen aber rechnet man die res communes, publicas, universitatis und nullius.

§. III.

Res communes sind diejenigen Dinge, deren Brauch allen Menschen gemein ist, welche aber niemanden in specie eigenthümlich zustehen. Dahin rechnet nun der Imperator das Meer, die Lufft, das vorbey fliessende Wasser und die Seekanten.

§. IV.

Das Meer anbelangend, so hätte der Imperator und mit ihm alle Juristen besser gethan, sie hätten sich um dasselbige unbekümmert gelassen, weiln um das dominium maris weder auf dem Rath-Hause noch in der Amts-Stube schwerlich processirt werden wird; sondern dasselbige ist eine Sache, welche unter souverainen Völckern vorfällt, und aus dem Rechte der Vernunfft entschieden werden muß. Die gekrönten Häupter sind nicht mehr so, als wie vor diesen, daß sie sich durch ein paar Leges aus dem Corpore Juris mit ihren

Forderungen abweisen lassen. So fangen auch die gescheutesten Leute an, über diejenigen ICtos sich zu moquiren, welche in solchen controversiis mit legibus aus denen ff. und Codice um sich werffen. Es gemahnt mich eben, als wie des berühmtẽ Tabors sein Streich, welchen der Land-Graf von Hessen nach Hofe ruffen ließ, um mit ihme und seinen Ministris zu überlegen, wie die Chur-Pfältzischen Truppen aus Umstädt delogirt werden könten? Nachdem nun die andern Ministri alle ihre Consilia gegeben, und die Reihe an Taborn kam, fieng er mit einer Verwunderung an: Ey behüte GOtt, wie kan man sich lange auf media bey dieser Sache besinnen! wir haben ja im Jure das heilsame interdictum: unde vi, so man den Pfältzern entgegen stellen kan. Uber welche Einfalt der Land-Graf so hertzlich an zu lachen fieng, daß er seinem andern Ministro ins Ohr sagte: schickt ihn mit seinem interdicto hin, und seht zu, ob ihn die Pfältzer weichen werden.

§. V.

Wer indessen einen gar zu grossen Appetit hätte zu wissen, ob das Meer eigenthümlich seyn könne oder nicht, derselbe kan sich in Pufendorffs Jure N. & Gent. Raths erholen, und diejenigen Gründe dargegen halten, welche Herr Berger in Resolutione legum Obstantium, und Hopp. in Comment. ad Inst. Tit. de rerum divis. anführen.

§. VI.

Die Lufft anbetreffend, so kan man selbige auf zweyerley Art betrachten, entweder mit dem Platz und dem spatio, worinnen sie sich befindet, oder ohne dasselbige. In der letztern Absicht ist sie freylich in keines Menschen Eigenthum, sondern allen Menschen zum Gebrauch gemein, wohl aber in der erstern. Denn da ist bekannt, daß der Raum und die Lufft über meinen Boden biß in den Himmel mein ist, und kan ich regulariter so hoch bauen, als ich will, darff mir auch niemand etwas über meine arcam herüber bauen. Alldieweiln aber die Lufft ohne diß Spatium oder Land betrachtet, niemand etwas hilfft; das Land aber einem ieden verboten werden mag: so folget, daß ich iemand auch den Brauch meiner Lufft in meinem Hause und in meinem Lande untersagen kan, wie man denn zu Rom iemand der übrigen Elemente beraubete, welches aqua & igne interdicere hiesse, und die Landes-Verweisung auf den Rücken mit sich brachte. Thomas. Exerc. ad Strauchium.

§. VII.

Das vorbey fliessende Wasser ist wohl von dem Flusse zu unterscheiden, welcher zu denen regalien gehöret, und bey uns dem Landes-Fürsten zukömmt. Das Wasser im Flusse aber ist iedem zu schöpffen erlaubt, so lange der

Herr

Herr des Landes solches nicht untersagt, welches unter der Landes-Verweisung von selbsten begriffen ist.

§. VIII.

Unter die res publicas zehlt der Imperator die Flüsse, das Recht darauf zu fischen, die Häfen &c. und beschreibt sie, daß das Eigenthum derselben einem gantzen Staat zukomme, und von iedem gebraucht werden könne, welche definition sich ausser Streit noch aus dem Democratischen Zustand von Rom herschreibt, da ein ieder im Staat an der Majestät und denen Regalien mit Theil nahm. Bey uns bestehen die Majestät und die Regalien beym Landes-Fürsten, welchem dahero auch die Häfen, Flüsse und das Fisch-Recht zukömmt, und müssen diejenigen, so das Fisch-Recht üben wollen, solches vom Fürsten erlaubt bekomen.

§. IX.

Res Universitatis sind diejenigen Dinge, welche einer Gesellschafft oder Collegio, als da ist einer Stadt, Dorff, Academie, Innung &c. eigenthümlich zustehen, und von deren Gebrauch ein ieder participiret. Dahin rechneten die Römer die Theatra, wo die Schau-Spiele dem Volcke gezeiget wurden, die Renn-Schrancken oder Stadia, welches wir aber beydes bey uns nicht mehr haben. Denn da war es zu Rom der Brauch, daß die vor-

neh-

nehmen Herren das Volck zu gewinnen, sichs öffters viel Geld kosten, und kostbare Schau-Spiele ausrichten liessen, welches bey uns nicht mehr vonnöthen. Wir zehlen daher mit besserm Rechte zu denen gemeinschafftlichen Dingen einer Stadt oder Dorff, den Marckt, die Gassen, die Schulen, die Brunnen, die Hut-Weide rc. Wiewohl es auch Dinge giebt, so einer Stadt eigen seyn, deren Gebrauch aber nicht von allen genutzt, sondern nur einem und andern anheim gegeben wird, als da sind v. g. die Güter so die Städte öffters zu verlehnen pflegen, da denn der Lehns-Mann den Nutzen allein davon ziehet.

§. X.

Endlich kommen die res nullius, so in gar keines Menschen Eigenthum seyn, als da sind diejenigen Dinge, so ein anderer animo derelinquendi wegwirfft, welches er expresse declariren muß, angesehen der animus derelinquendi niemals præsumirt wird. Nemo enim rem suam jactasse creditur. Also weñ iemand Geld zum Fenstern hinaus unter das Volck wirfft, oder ein grosser Herr Müntzen auswerffen läßt, hat ein ieder das Recht, derselben sich anzumassen, quia res nullius cedunt occupanti. Ein anders ist wenn iemand Geld verliehret, oder vom Sturm gezwungen das Schiff zu erleichtern, seine Wahren ausschmeissen muß. Denn da

hat

hat er keinen animum derelinquendi, wiewohl an denenjenigen Orten, wo das Strand-Recht im Gebrauch, zum fundamento dieses Rechts derselbe animus derelinquendi gesetzt, und vorgegeben wird, daß eine solche Sache von dem Herrn einmal verlohren gegeben sey, wo hinzu noch andere Ursachen kommen, womit man das Strand-Recht defendiret.

§. XI.

Daß aber die Römer ihre geheiligte Sachen zu denen rebus nullius rechneten, und vor res divini juris hielten, darin hatten sie eine caprice. Bey uns gehören solche Dinge ultimato dem Lands-Herrn, welcher nach Befinden, und so es die Noth des Staats erheischt, nach seinem Belieben damit schalten und walten kan. Also ist in den Geschichten nichts seltsames, daß grosse Herren das Kirchen-Silber, auch so gar aus den Klöstern, in ihrem gantzen Lande zusammen bringen, und Geld daraus schlagen lassen, ob schon sonsten das Silber-Werck der Kirche zu erst zu gehört, und dem Principi darüber nur das dominium eminens oder ultimum zustehet. Die Festungs-Wercke aber u. Thürne, welche doch bey denen Römern auch vor heilig und pro rebus nullius gehalten worden, gehören unmittelbar dem Staat oder dem Landes-Herrn, der solche nach seinem Gefallen verändern mag.

§. XII.

Dergestalt sind zwar alle diese Dinge bey uns in dominio, es hat aber doch damit seine gantz besondere Beschaffenheit, wie wir solches so wohl nach denen Römischen als teutschen Rechten zeigen wollen. Die Römer hatten dreyerley Götter, die Superos, so sich in der Lufft auffhalten solten, als Jupiter, Venus, Mars &c. Die Inferos, oder die unterirrdischen, als der Pluto, Neptunus und die Semideos, oder die Helden, welche sie nach ihrem Tode wegen ihrer grossen Meriten vor vergöttert hielten, wie solches das Exemple des Romuli ausweist. Nach diesen dreyen Arten der Götter hatten sie auch dreyerley geheiligte Dinge. Diejenigen Dinge, so zu dem äusserlichen Gottesdienste der obern Götter erfordert wurden, als da sind die Kirchen, Altäre und was man in der Kirche vor mobilia braucht, heiligten sie den Superis, und hiessen es res sacras.

§. XIII.

Denen inferis und unterirdischen Göttern hingegen weiheten sie die Gräber, und denen Helden und Semideis, die Thore, Mauren und Festungs-Wercke.

§. XIV.

Eine iede Gattung ins besondere durchzugehen: so wird bey uns eine res dadurch sacra, daß sie zum geistlichen Gebrauch gewidmet,

und consecriret wird, welches letztere aber nur bey den Catholiquen noch bräuchlich, dahingegen bey uns schon genug ist, daß eine Sache würcklich ad usus sacros gebraucht worden, v.g. daß aus einem Kelch das heil. Abendmahl gereicht, und ein Altar-Tuch einmal über gedeckt worden. So lange dieses noch nicht geschehen, ist ein Kelch zwar eine res Ecclesiastica und der Kirchen zugehörig, aber noch keine res sacra. Der Unterscheid dieser beyderley Dinge zeigt sich gar mercklich. Denn da können die res Ecclesiasticæ, wohin man auch die Kirchē-Güter, Pfarr-Häuser 2c. rechnet, verkaufft werden, wenn die Kirche nur einen profit dabey machen kan, die res cultui divino dicatæ aber mögen nicht eher als im äussersten Nothfall, v. g. weñ Gefangene zu ranzioniren, die Republique mit Krieg hart angegriffen wird, veräusert werden, wobey noch darzu erfordert wird, daß v. g. ein Kelch umgeschmeltzt werden muß, ehe er verkaufft wird, damit er durch andern unchristlichen Gebrauch nicht profaniret wird, es sey denn, daß er einer andern Kirche zu eben dem Gebrauch verkaufft werde.

§. XV.

Wenn nun eine solche res sacra und ecclesiastica wieder ad usus profanos gegeben wird, heißt solches secularisatio, gleichwie dasjenige amortizatio genennet wird, wenn etwas zu einer Kirchē-Sache u. re sacra wird. Dn. Thomas. Diss. de secularisatione & Manutius de eadem materia.

§. XVI.

Mit denen rebus religiosis oder Gräbern hatte es zu Rom diese Bewandtniß: daß ein ieder seinen Todten in sein Eigenthum begraben, und solchergestalt einen ieden Ort im Seinigen nach Belieben zu einem loco religioso machen konte. Bey uns aber ist die Sepultura publicæ autoritatis, und wird v. g. vor ein Zeichen eines Kinder-Mords angesehen, wenn eine Mutter ihr Kind in ihrem Keller oder Garten begraben wolte, sondern sie muß es auf den öffentlichen Gottes-Acker schaffen. Wiewohl man es bey dem Consistorio auswürcken kan, daß man ein eigen Begräbniß in seinem Eigenthum haben mag.

§. XVII.

So ist auch die Sepultura nach unserer Art gar unterschiedē, u. ist vel honesta vel inhonesta. Jene geschicht entweder mit denen ordentlichen Ceremonien und Gepränge, oder aber in der Stille, welche letzere bald aus Armuth geschicht, öffters aber als eine kleine Straffe auferlegt wird, wenn v. g. ein Melancholicus sich entleibt, oder ein anderer Entleibter zu seinem Tode einigermassen Ursach gegeben. Die Inhonesta ist wiederum vel humana, wenn iemand ausserhalb des Gottes-Ackers an den gewöhnlichen Armen-Sünder-Ort begraben wird, welches auch einem solchen Delinquenten geschicht, so graviret gewesen, und im Gefängniß

fängniß gestorben; oder sie ist canina, wenn einer durch den Scharffrichter auf öffentlichen Schind-Anger geworffen wird, welches denenjenigen geschiehet, so sich selbst ermordet, oder im Gefängniß gestorben, nachdem sie schon das delictum bekannt, und dessen überführt geworden. Von dieser Canina ist wohl zu unterscheiden die privatio sepulturæ, wenn ein Cörper unbegraben liegen gelassen wird, an dem Orte, wo er entleibet gefunden worden.

§. XVIII.

Nach dem Jure Canonico soll das Begräbniß umsonst gegeben werden, welches aber bey uns geändert und der Clerisey zum salario geschlagen, iedoch von denen Obrigkeiten und der Clerisey öffters mit allzugrosser Strengigkeit exequirt wird. Es hat hiervon Herr Brückner in Jena eine dissertation de sepultura gratis concedenda geschrieben, und über solchen schändlichen Mißbrauch sich hart beschweret, und die hohe Obrigkeit um Einsicht angefrischt.

§. XIX.

Die Grab-Male und sepulchra selbsten sind vel publica, als da ist der gemeine Gottes-Acker, vel privata, als da sind die Erb- und Geschlechts-Begräbnisse. Diese die Geschlechts-Begräbnisse sind von den Erb-Begräbnissen darin unterschieden, daß eine verehlichte Tochter in das Geschlechts-Begräbniß nicht begraben werden mag, weiln sie

durch die Heyrath in seine andere Familie getreten, und die vorige changiret.

§. XX.

Zu letzt ist noch hier anzumercken, daß die Frage: ob einer ehrlich zu begraben oder nicht, vor die weltliche Obrigkeit, die Anordnung der Begräbniß-Ceremonien aber regulariter vor die Consistoria gehören.

§. XXI.

Die res sanctæ waren, wie oben schon gesagt, die den Semideis geheiligten Dinge, als da sind die Thore, Mauren und Festungs-Wercke, welches zu Rom nach dem Zeugniß des A. Gellii L. 13. c. 14. mit sonderlichen Ceremonien geschahe. Alldieweiln nun diese Heiligung die Mauern rc. beständig heilig machte: so hatte derjenige, so darüber stieg, eine Beleidigung der Götter begangen, und wurde capital gestrafft. Bey uns pflegt man die Mauern nicht mehr zu heiligen, sondern die Ubersteigung derselben nach dem Unterscheid der Umstände zu ermessen. Ist es eine Festung, so wird die Ubersteigung schärffer gestrafft, als in einem offenen Orte, zumahln wenn etwa Kriegs-Zeiten seyn, oder gar ein Feind vor der Stadt steht, da man denn aus einer solchen Ubersteigung eine Spionerey abnehmen, und dem Verbrecher gar wohl ans Leben kommen kan. Bey andern Umständen strafft man gelinder, wie denn Philippi in seinen Eclogis bezeuget, daß ein Studiosus zu Leipzig deshalber mit der Relegation gestraffet worden.

§. XXII.

Sonst werden die Dinge auch noch eingetheilet in cörperliche und uncörperliche. Das letztere sind Rechte und Befugnisse, so einer zu dem andern hat, als da ist v. g. das Trauff-Recht. Denn obwohl das Wasser, so von meinem Dache in des andern Hof fällt, ein physicalischer Cörper ist, so fällt doch das Recht und die Befugniß, daß es der Nachbar leiden muß, nicht in die äusserliche Sinnen.

§. XXIII.

Beyde Gattungen werden wieder abgetheilet in mobiles und immobiles. Denn obwohln eine res incorporalis oder jus an sich weder beweglich noch unbeweglich zu nennen, so pflegen es doch die ICti nach dem objecto solches Rechts zu rechnen. Ist nun das objectum eine res mobilis, so wird das jus auch pro mobili geachtet. Also ist das jus redituum mobile, weiln die reditus selbsten mobiles seyn.

§. XXIV.

Ob aber eine res mobilis sey oder nicht, solches muß man nicht allein aus der Natur der Sache ermessen, sondern auch ex destinatione; also ist ein Span-Bette an und vor sich eine res mobilis, wird aber ein immobilis, wenn es zum Gebrauch in einen Gast-Hof destiniret. Aus eben diesem fundamente halte ich eine Schiff-Mühle pro re immobili. Denn obwohl ein Schiff eine res mobilis, u. eine Schiff-Mühle auf ein Schiff gebauet ist, so ist doch selbige auf einẽ gewissen Fluß u. Ort dadurch destinirt,

daß sie auf beständig angehängt zu seyn pflegen.

§. XXV.

Die beweglichen Dinge werden im Teutschen auch Fahrnisse genennet, welches Wort mit dem Wort fahrende Haabe nicht zu vermischen, als welches nur den Haußrath bedeutet, da hingegen jenes auch die Thiere in sich begreifft, weñ es kein so genanntes eisernes Vieh ist, welches zu einem Gut beständig destinirt.

§. XXVI.

So ist auch ein grosser Unterscheid unter mobilien und beweglichen Gütern, sintemahl jene ebenfalls nur den Haußrath in sich begreiffen. Stryck. V. M. tit. de

§. XXVII.

Es hat diese distinction inter res mobiles und immobiles allerdings ihren grossen Nutzen, in jure communi darin, daß ein Vormund zu Verkauffung der mobilien regulariter der Obrigkeit consens eben nicht bedarff, und im Jure Saxonico darin, daß ein Mann die beweglichen Güter von seiner Frau erbet, wenn er das Bette mit ihr beschritten &c.

§. XXVIII.

Dieses wären nun die unterschiedenen Gattungen derer Dinge, so einem eigenthümlich zustehen können. Es ist aber solches Eigenthum wieder unterschiedlicher Art.

§. XXIX.

In Ansehung GOttes kan kein sterblicher Mensch

Mensch sagen: diese Sache ist mein, sondern wir sind auf Erden nur blosse usufructuarii, und solches auch nur so lange, als GOtte eine Sache uns lassen will. Daher auch der Israeliten That kein Diebstal zu nennen, da ihnen GOtt befahl das Silber-Geschirr der Egyptier mit zu nehmen.

§. XXX.

Gleichergestalt gehöret einem Gliede der Republique eine Sache so lange eigenthümlich zu, und muß ihm gelassen werden, als die Nothdurfft des Staats nicht ein anderes erfodert. Denn da muß eines ieden Privat-Recht dem bono publico nachgesetzt werden, welches Recht der Republique einigen dominium eminens zu nennen beliebet hat. Andern aber hat solche Benennung nicht eben gefallen wollen, woran mir wenig oder gar nichts gelegen, wenn nur diß Recht der Republique durch diesen Streit nicht geleugnet wird. Also muß sich ein Unterthan gefallen lassen, daß v. g. ein Commendant einer Festung seine eigene Vorstädte wegbrennt, um die Festung besser defendiren zu können.

§. XXXI.

Sonst wird auch das dominium eingetheilt in directum und utile. Das letztere ist, wenn man neben und über den Nießbrauch auch noch einige mehrere Würckungen des Eigenthums hat, und wird v. g. derer Vasallen ihre Gewalt über die Lehn-Güter mit diesem Nahmen des

dominii utilis benannt, da hingegen des Lehns-Herrn sein Recht dominium directum heißt.

§. XXXII.

Es ist aber dieses dominium utile von dem usufructu gar wohl zu unterscheiden. Sie sind unterschieden 1) als latius und angustius, indem ein ieder dominus utilis v. g. Lehns-Vasall wohl den Usumfructum, aber nicht ieder Usufructuarius das dominium utile hat. 2) Hört der Usus-fructus mit dem Tode des Usufructuarii auf, das dominium utile aber geht regulariter v. g. bey Lehn-Gütern auf die Lehns-Erben. 3) Der Usufructuarius darf die Sache, so er zu gebrauchē hat, nicht verändern, wohl aber der dominus utilis, und kan dieser aus einem Garten eine Wiese und contra, machen, nicht aber jener.

§. XXXIII.

Nach langen umschweiffen komen wir nun endlich auf die Art und Weise, wie man das Eigenthum über eine Sache erlangt. Dieselbigen sind nun entweder naturales oder civiles, so a jure civili zu denen vernünfftigen hinzu gethan werden. Alle in specie durch zu gehen, ist mir hier zu weitläufftig, daher ich nur von ieder Gattung ein Exemple nehmen will.

§. XXXIV.

Zu denen von der Vernunfft gebilligten Arten gehöret die occupation niemand zustehender Dinge. Es ist aber eben nicht vonnöthen, daß einer die Sache schon würcklich occupirt habe, sondern es ist genug, daß er damit würcklich

lich umgehe, und solches durch Zeichen an den Tag lege, sintemahln der andere ja nicht befugt ist, ihme darinnen zu hindern, was er von Rechts wegen thun können. Also wenn iemand einen im Walde in einen Baum gefundenen Bienen-Stock nicht so geschwinde mit sich nehmen könte, sondern den Baum nur zeichnen müßte. So wäre die occupation in so weit schon richtig. Berlich. P. 5. Concl. Pract. 50. n. 11. Also auch, wenn 2. mit einander gehen, und einer siehet etwas auf der Strasse liegen, so gehört es ihm, so bald er nur darnach greifft und sich bemühet, und mag der andere, wenn er die Sache erst darnach liegen sehen, ihme an der occupation nicht hinderlich seyn.

§. XXXV.

Nur ist der Streit darum, welche Sachen deñ occupirt werden können, oder deutlicher zu reden, welches res nullius seyn. Bey denen Römern sahe es damit gantz anders aus, als wie bey uns, angesehen wir viel solche Dinge, so die Römer vor res nullius hielten, zu den regalien geschlagen. Also sind die Thiere, Schätze ꝛc. nicht mehr nullius, sondern jene gehören zur Jagd-Gerechtigkeit, (es seyn deñ geringe Vögel) und diese gehören nur alsdenn dem Finder, wenn er wahrscheinlich beweisen kan, daß der Schatz von seinen Vorfahren hingesetzt worden. vid. in Hopp. ad §. 40. Inst. h. t. Die Ursache, warum man v. g. die Jagd zu denen regalien gezogen, wird von denen Naturalisten

diese zu seyn geglaubet: daß solche Dinge, wenn sie unter so viele getheilet werden solten, in effectu bey einem ieden ein geringes ausmachen würden, da sie hingegen ein grosses betrügen, wenn sie als ein gantz regale considerirt würden. Es ist diese Philosophie überaus gut, wenn man nur nicht das Widerspiel in der Welt so vielfältig anträffe, da wegen der fetten und vielen Jagd-Bedienungen einem Fürsten ein eintziger Reh-Rücken offt auf 50. und mehr Thaler zu stehen kommt.

§. XXXVI.

Eben also ist auch die traditio ein modus acquirendi naturalis. Denn da ist gantz vernünfftig, daß einer zu einer von ihrem Eigenthums-Herrn gekaufften und geschenckten rc. Sache zwar ein Recht habe, das Eigenthum derselben aber erst dadurch bekomme, daß ihm selbige eingehändiget oder angewiesen wird. Ich sage mit Fleiß, daß die traditio von dem Eigenthums-Herrn herkommen müsse: denn sonst macht sie kein weiter Recht, als den blossen Besitz, welcher erst durch das tempus præscriptionis zum Eigenthum wird.

§. XXXVII.

Unter die modos acquirendi civiles gehöret die Verjahrung, da iemand eine fremde Sache bona fide eine in denen Gesetzen verordnete Zeit, in Meynung, daß er Herr derselben sey, geruhig besitzet, und dadurch eigenthümlich erlanget. Es ist zwar dieses schon in der gesunden

Ver-

Vernunfft gegründet, und erforderts die gemeine Nothdurfft, daß die Dominia rerum nicht in Ewigkeit im Zweifel bleiben; wohinzu noch kommt, daß aus so langen und wissentlichen (welches aus so langer Zeit præsumirt wird) Stillschweigen des rechten Eigenthums-Herrn die Vermuthung erwächst, er gebe die Sache gerne verlohren: Doch giebt das jus civile die determination der Zeit, wie lange nemlich einer eine Sache besitzen müsse, ehe sie verjahrt genennet werden könne, her, aus welchem Grunde so dann diese verjahrung ein modus acquirendi civilis gar wohl genennet werden mag. Vide Hr. M. Hohmanns gelehrte dissert. de præscript.

§. XXXVIII.

Von diesen modis acquirendi sind gar wohl die tituli acquirendi zu unterscheiden. Es pflegt zwar öffters zu geschehen, daß der modus acquirendi zugleich der titulus mit ist, als wenn ich v. g. ausgeworffene Müntzen occupire, allwo ich keinen weitern titulum weiß, als daß ich mir es zugeeignet; Zum meisten maln aber ist der titulus von dem modo unterschieden. Also wenn ich ein Pferd kauffe, so ist der Kauff-Contract mein titulus, ich habe aber durch selbigen Kauff noch kein dingliches Recht, oder besser zu reden, die gekauffte Sache ist nicht eher mein, als biß sie mir der Verkäuffer gegeben. Weigert er sich nun dessen, muß ich mich

an den Verkäuffer halten, welcher mir entweder die Sache geben, oder, wenn er selbige an einen andern verkaufft und weggegeben, satisfaction thun muß. Wäre die Sache schon durch den blossen Kauff meine worden, so könte ich auch denjenigen deshalber in Anspruch nehmen, welchem sie mein Verkauffer auffs neue verkaufft und übergeben. Alleine so klebt ein jus, welches ich durch den Kauff erlanget, an der Person des Verkäuffers, und ist nur ein jus ad rem. Woraus zugleich erscheinet, daß der titulus ein jus ad rem, der modus acquirendi aber ein jus in re mache.

§. XXXIX.

Man kan den Unterscheid auch gar deutlich in der Verjahrung sehē. Die Verjahrung oder præscriptio ist ein modus, eine Sache eigenthümlich zu erlangen; es muß aber ein solcher Besitzer die Sache justo titulo an sich gebracht, das ist, er muß sie gekaufft, oder sonst bekommen haben. Hieraus erfolgt, daß der Kauff, oder Eintausch einer fremden Sache von einem dem sie selbst nicht zugehört, dem Käuffer kein Eigenthum und Recht gebe, wohl aber die darzu gekommene Verjahrung die Sache ihm eigen mache.

§. XL.

Endlich erscheinet der Nutzen dieser distinction inter modos et titulos acquirendi auch in Libellen oder Klag-Schreiben. Denn wenn

ich

ich iemanden ex contractu oder sonst ex jure ad rem verklage, darff ich weiter nichts anführen, als den titulum acquirendi. V. g. wenn mir iemand schuldig, so muß ich sagen er sey mir 100. Thlr. schuldig, so er als ein Darlehn rc. von mir empfangen. Wenn ich aber eine mir vor Handen gekommene Sach evindiciren will, darff ich weiter nichts anführen, als daß sie meine sey. Kommt es alsdenn zum Beweiß meines Eigenthums, so ist der modus acquirendi offtmals schon hinlänglich, selbiges darzuthun; dahingegen dort der titulus nothwendig da seyn und bewiesen werden muß.

Das III. Capitel
Von Servituten.

§. I.

Die Lehre von Servituten ist von denen Römern überaus gut cultiviret worden, weil es damit grossen Theils auf die Gebäude und Beqvemlichkeit ankommt, wovon die Römer sehr grosse Liebhaber waren. Sie hatten aber auch unterschiedene Grillen dabey, womit sie die gantze Lehre verhunst, wie wir solches gar deutlich anmercken wollen, wenn wir nur zuförderst eine Beschreibung dessen, was eine Servitut sey, zum voraus geschickt haben werde.

§. II.

Nach Röm. Rechte kan man sie beschreiben, daß

daß sie ein an einem fremden Prædio erlangtes Recht sey, krafft welches der Eigenthums-Herr desselbigen zum Nutzen und Gebrauch eines andern etwas zu leiden oder zu unterlassen schuldig ist. Zu deutlichern Verstand der Sache wollen wir diese Beschreibung von Stück zu Stück durchgehen.

§. III.

Ich habe gesagt: sie sey ein Recht, welches ich in Ansehung des Prædii dominantis, oder auch der Person, so sich dessen zu gebrauchen hat, verstehe. Denn in Ansehung des Prædii servientis ist es allemal eine obligation etwas zu leiden und zu lassen. Gleichwie aber so wohl die Befügniß, als auch die Verbindligkeit zu leiden und zu unterlassen eigentlich prædicata hominis, oder Dinge sind, so von Menschen geübet werden müssen: also sieht man wohl, daß es nicht wohl geredet, wenn ich sage: Meines Nachbars Hauß ist mir zu diesem und jenem verbunden. Viel besser wird es heissen: Der eigenthümliche Besitzer dieses Hauses, wer der auch sey, ist mir intuitu hujus prædii, oder eben deswegen weil ers besitzt, obligirt ꝛc. Alldieweil aber die Römer sahen, daß ein solcher Herr nicht länger diese obligation hatte, als er Herr vom Hause oder Prædio bleibt, mithin solches onus auf den Käuffer des Gutes mit übergeht: so geriethen sie auf die seltsame conclusion, quod prædium serviat prædio aut personæ, aus welchem principio hernachmals 100.

an-

andere ungereimte Schlüsse gefolgert worden, wie wir bald zeigen wollen. vide Titii diss. de servitute in faciendo consistente & Ephraim Gerhardum, Altorfensium quondam Prof. diss. de eadem materia.

§. IV.

Zu einer solchen servitute nun wird erfodert, daß allemal das serviens ein Prædium, oder besser zu reden, weil kein Prædium eigentlich serviren kan, eine Person, in Ansehung eines gewissen ihr eigenthümlich zustehenden Prædii, sey. Ist dieses nicht, sondern eine Person ist mir etwas zu unterlassen, zu leiden auch wohl gar zu thun, ohne ein gewisses Prædium zu habē, schuldig, so heißt es: servitus personarum, oder die Knechtschafft, wovon in Jure personarum gehandelt worden. Denn selbige ist von der servitute personali wohl zu unterscheiden, und heißt eine servitus personalis, wenn ein Prædium einer blossen Person und nicht intuitu alicujus prædii servirt, v. g. wenn iemand den Usumfructum von meinem Garten hätte, welches alsdeñ servitus personalis heißt, und der reali contradistingvirwird, allwo ein Prædium dem andern Prædio servirt. Hieraus wird nun zu verstehen seyn, warum ich in der definition gesetzt, daß es ein Recht an einem Prædio sey.

§. V.

Es muß aber solches Recht bereits erlangt seyn, welches nicht durch das blosse Versprechen, sondern dadurch erst geschicht, daß es der

andere nun würcklich leidet und unterlässet, was er promittirt, und solchergestalt die servitutem mir gleichsam tradirt, und übergiebt. Vor solcher Ubergabe ist es noch keine servitus, sondern ein pactum nudum, oder blosses Versprechen, eine solche servitutem zu permittiren. Gleich wie nun nach Röm. Recht die pacta nuda von der Krafft nicht waren, daß ich daraus dem andern belangen konte: also muste ich es auf des andern blosse Generosité ankommen lassen, ob er eine solche versprochene servitut mir zulassen wolte, oder nicht, es sey denn daß er es mir gedoppelt, oder durch Hand gegebene Treue, oder schrifftlich versprochen, alsdenn es kein pactum nudum, sondern ein constitutum, stipulatio und contractus literalis hiesse. vide infra. In unsern foris haben zwar alle pacta völlige Krafft zu verbinden und darauff zu klagen, und ist darin kein Unterscheid mehr, es heißt aber doch: ante traditionem servitus nondum constituta, sed constituenda, welches allerdings seinen guten Unterscheid hat. Denn wenn v. g. einer, so mir eine servitutem versprochen, das prædium ante quasi hanc traditionem verkauffte, so könte ich denn meinen Besitzer nicht belangen, wenn sich derselbe der servitut weigerte, weiln ich ante traditionem noch kein jus in re habe, sondern nur eine actionem personalem wider den, der mit mir paciscirethat.

§. VI.

§. VI.

Dergleichen Last kan nun niemand einem Prædio auf den Halß bürden, er sey denn völliger Eigenthums-Herr desselben. Daher einer, der nur den blossen Nießbrauch desselben hat, dem Prædio ein solches onus nicht aufladen kan, wovon die Ursache bey denen Römern auch noch diese war, daß sie pro principio hatten, eine Servitus müsse beständig und immerwährend seyn; da hingegen das Recht eines Usufructuarii mit dessen Tode ordentlicher Weise auffhört. Gleichwie wir aber gar leichte erkannt, daß dieses principium auf keinem vernünfftigen Grunde ruhe, sondern bloß auf die Caprice der Römer ankomme: also haben wir an unsern foris gar leichte zugelassen, thun auch selbiges noch, daß ein Usufructuarius, so lange sein Recht währet, das Prædium gar wol mit einer servitut beschweren könne, wenn nur selbiges dadurch nicht sonderlich verringert wird. Gleichergestalt ist es eine schröckliche Thorheit der Römer, daß sie L. 15. §. 7. ff. de Usufr. verordnet haben: ein Eigenthums-Herr solle auch so gar mit Bewilligung des Usufructuarii keine Servitutem auf sein Prædium nehmen können, welcher Lex dahero von denen ICtis vor corrumpirt und verfälscht gehalten wird. Titius cit. diss.

§. VII.

So muß auch eine solche Servitus demjenigen einen Nutzen geben, der sich selbige auf ein

Prædium erlangt, und wolten die Römer durchaus nicht leiden, daß man servitutes zur Wollust mache. Also ist eine solche Servitus ausdrücklich null und nichtig, wenn ich mir bedüngte, daß mein Nachbar obligirt seyn solte, mich und meine Kinder, wie auch alle nachkommenden Besitzer meines Hauses in seinen Garten Ball spielen und Obst essen zu lassen. Der Grund dieser harten Verordnung steckt in der Stoischen Philosophie, welcher die meisten Röm. Juristen zugethan. Denn weiln sie die Wollust vor den schädlichsten Affect hielten, woher sie auch denen Epicureis, als Vertheidigern derselben, so Spinnen feind waren, die Affecten aber nach ihrer Spanischen und hochtrabenden Lehre gar aus der Menschen Gemüther ausgetilget werden solte: so hielten sie es allerdings vor unverantwortlich, der Wollust durch die Gesetze zu statten zu kommen, und Servitutes voluptatis zu vergönnen. Wiewohl sie sich in der applicatione speciali irreten, und solche Dinge vor eitele und lautere Wollust ansahen, welche einen gar unschuldigen Zweck haben können, wie das Obst essen und Ball spielen ist. Damit sie aber ihrer Gemächligkeit nicht gar zu sehr schaden möchten, so distinguirten sie inter voluptatem und amœnitatem, unter welchen Titul sie die Servitutem prospectus, & aquæ verkaufften.

§. VIII.

Endlich floß aus dem albernen principio, quod

quod prædium serviat, ein noch abgeschmackterer Schluß, daß die Servitutes im leiden und unterlassen, nicht aber im thun bestehen könten. Denn weiln das Serviens allemal ein Prædium seyn müsse, ein Prædium aber nichts thun könte, so fielen die Servitutes in faciendo consistentes von selbst über den Hauffen. Allein weiln ja zulassen und unterlassen ebenfalls Dinge seyn, so von keinem blossen Prædio gesagt werden mögen, sondern auf dessen Besitzer abzielen, welcher eigentlich der Serviens ist: so sehe ich nichts ungereimtes in denen servitutibus in faciendo consistentibus. Wie denn auch die Römer selbst ihrer Lehre öffters so uneingedenck gewesen, daß sie würcklich servitutes passiren, und in die Rechte einschleichen lassen, welche auf ein blosses thun ankommen. Also hat man eine Servitutem, da ich meinen Nachbar durch Vergleiche oder andere Wege dahin verbinde, daß er einen Stock höher bauet, weiln mir daran etwas gelegen seyn kan, welches servitus altius tollendi heißt. Schilter Exerc. 18. Uber diese wollen einige die servitutem oneris ferendi auch noch dahin rechnen, weilen der Herr der servirenden Mauer, worauf daß prædium dominans oder des andern Gebäude ruht, schuldig ist, dieselbige Mauer im Bau und Besserung zu erhalten. Alleine weilen ihm die Rechte solcher Last erlassen, wenn er die Mauer gar verlassen will: so siehet man wohl, daß das onus reficiendi ex jure do-

minii sich herschreibt, und von der servitute oneris ferendi nur urgirt wird.

§. IX.

Bey uns in Teutschland, u. besonders in Sachsen ist kein Zweifel, daß es servitutes faciendi gäbe, indem wir den Bier-Zwang haben, da die Innwohner dererjenigen Dorffschafften, so innerhalb der Meile an einer Stadt liegen, ihr Bier aus der Stadt zu nehmen, schuldig seyn. Daß dieses eine servitus sey, kan man aus der Beschreibung einer servitut wahrnehmen, und ist das prædium serviens die Dorffschafft, deren Einwohner intuitu hujus prædii, oder weiln sie daselbst und nicht wo anders wohnen, der Stadt, als dem Prædio dominanti, dergestalt serviren, daß sie das Bier von selbiger übernehmen müssen, welches ja etwas gethan ist. Gleiche Bewandtniß hat es mit dem Mühl-Zwang, da ein district Einwohner schuldig seyn, in dieser und keiner andern Mühle deswegen zu mahlen, weiln sie daselbst wohnen. So pflegt sich auch öffters eine gantze Gasse, oder gantzes Dorff zu verpflichten bey einem gewissen Becker zu backen, welches ebenfals unter die servitutes faciendi zu zehlen. Nicht weniger sind die Frohn-Dienste, welche die Bauren ihrer Güter und Häuser halber einem Guthe thun müssen, dahin zu zehlen, sintemaln es damit offenbahr auf ein THUN ankommt, welches auf ihren Gütern hafftet. Denn so balde der Bauer sein Gut an einen

an-

andern überläßt, hören auch seine Frohndienste auf, und fallen demjenigen auf den Halß, welcher dasselbige Gut an sich gebracht. vide omnino Titium citata diss. & Gerhard.

§. X.

Eine solche servitus nun, sie bestehe worinnen sie wolle, wird auf unterschiedene Art erlanget. Offt macht die Natur selbige selbsten, a.) und bürdet dem Prædio eines andern eine Last auf den Halß. Also weñ mein Acker hoch, und des Nachbars seiner tieff lieget, so fliest das Regen-Wasser von meinem Acker natürlicher Weise durch des andern seinē Acker oder Wiese, welches er leiden muß. So verbiethen auch öffters die b.) Gesetze etwas, welches ich sonst durch einen Speciell Vergleich von einem andern erhalten müßte. Also ist L. ult. C. de servit. verboten, daß mir einer meine Tenne nicht verbauen darff, damit ich allezeit Lufft habe, die Spreu zu sondern, welches ihme ausser diesem Verboth zu thun sonst freygestanden hätte. Vielmahl geschicht es auch, daß der Richter v. g. c.) bey Erbtheilungen, weñ einem ein Acker, Wiese, Garten ꝛc. zugetheilet wird, wozu er nicht kommen kan, dem andern Erben aufferlegt, daß er den Besitzer des Gartens ꝛc. durch seinen fundum muß gehen lassen. Zum meisten ma- d.) len aber erlangt man eine servitutem durch ein Testament, wenn nemlich der verstorbene Herr des Prædii servientis mir ein gewisses Recht an seinem Prædio, als da ist der Nießbrauch, oder

die Wohnung vermacht, oder durch gewisse
e) Verträge, da man dem andern ein Stück Geld giebet, ein solch onus auf sich zu nehmen, wozu in Sachsen noch die gerichtliche Bestätigung kommen muß, weiln es vor eine Art der Veräusserung gehalten wird, welche bey liegenden Gründen allemal gerichtlich bestätiget werden muß.

§. XI.

Diese Servitutes werden eingetheilet in reales und personales, welche distinction wir schon §. 4. erkläret, und ist von denen realibus hier erstlich überhaupt anzumercken, daß man das Prædium serviens nicht höher und mehr nutzen darff, als das Prædium dominans verbrauchen kan. Also wenn ich auf eines Acker die Servitutem habe, daß der Besitzer desselbigen mich Kalck und Steine muß graben lassen: so darff ich nicht mehr Kalck graben, als ich zum Bau-Wesen des Prædii dominantis brauche, indem die Römer eine Regul hatten, quod usus non debeat egredi prædium. Die Ursache dieser albernen Grille steckt wiederum in der falschen thesi, daß hier ein Prædium dem andern Prædio diene. Wenn nun der Besitzer des Prædii dominantis mit Kalck handeln, und selbigen andern verkauffen wolte, so würde der Nutze dem Besitzer und nicht dem Prædio dominanti zu gute kommen, welches letztere doch eigentlich den Nutzen ziehen solte. Doch damit sie, die Römer, denen Leuten die Gelegenheit auf allerhand

hand Art ihren Vortheil zu machen, nicht beschneiden möchten, so vergönnten sie zwar, daß man sich durch pacta dahin vergleichen konte, v. g. so viel Kalck graben zu lassen, als ein iedesmaliger Besitzer des Prædii dominantis vertreiben könne: es durffte aber keine Servitus mehr heissen, sondern ein pactum nudum, nur damit ihre einmal festgestellte Lehre keinen Anstoß leiden möchte.

§. XII.

Die Servitutes reales sind wiederum vel rusticæ, vel urbanæ. Jene sind, wenn ein Prædium rusticum einem andern Prædio rustico serviret, und diese heissen, wenn ein Prædium urbanum dem andern urbano dienet. Ich weiß zwar gar wohl, daß man nach der allgemeinen Meynung die servitutes urbanas definirt hat, daß es gnug sey, wenn nur das Prædium dominans ein urbanum sey; allein ich will zeigen, daß diese fast durchgehende Meynung falsch sey, weñ ich nur zuvor werde ausgemacht haben, was ein Prædium urbanum und was ein rusticum sey?

§. XIII.

Man ist aber darin eben so ungegründet, als in der vorigen Meynung, wenn man ein Prædium urbanum dasjenige heißt, welches usus urbanos hat, v. g. Wohnungen, plaisir &c. Denn da ist solche Beschreibung nicht allein wieder die klaren leges und die übrige analogiam juris, sondern macht auch die Sachen sehr ungewiß, indem ich bald einen Ort zur Bewoh-

nung, bald zu Geträide und andere usus rusticos gebrauchen kan. Ich will in diesem Stücke bey den legibus bleiben, und mich auf den L. 211. ff. de V. S. und den §. 1. J. de Servit. reali steiffen, allwo ausdrücklich gesagt wird, daß die Gebäude Prædia urbana heissen, ohne daß der ICtus ein Wort von dem Zweck derselben gedenckt. So werden auch im L. 198. ff. de V. S. die Gebäude ausdrücklich den Prædiis rusticis contradistinguirt, welches nicht wohl gethan wäre, wenn noch einige Gebäude davon zu denen Prædiis rusticis gerechnet werden könten. So weiß ich auch nicht, wie man anders mit denen Legibus obstantibus zu rechte komen will, wie solches Hr. Prof. Bastineller zu Wittenberg in einer Dissert. de Selectis quibusdam a DD. receptis, sed falsis opinionibus th. 1. gar schöne dargethan hat.

§. XIV.

Aus diesem fundamento nun will ich darthun, daß eine servitus urbana zwey Prædia urbana, ein dominans und serviens haben müsse, und nicht gnug sey, daß das dominans ein urbanum sey. Im L. 2. ff. de S. P. R. schreibt der Jurist Neratius, daß die servitus protectum habendi, oder ein Tach auf des andern Boden hinüber zu hangen eine rustica sey. Nun kan ja kein Tach ohne ein Gebäude seyn, sondern das Prædium dominans muß selbst ein Gebäude seyn. Alldieweiln aber ein Gebäude, wie bereits erwiesen, indistincte ein Prædium urbanum

heißt;

heißt; so müßte folgen, daß die Servitus protectum habendi eine urbana sey, weil das Prædium dominans urbanum ist. Da aber der ICtus gerade das Gegentheil ausgesprochen, so erscheinet daraus gar deutlich, daß er es deswegen eine rusticam nenne, weiln meist nur ein Prædium urbanum bey dieser servitut vorhanden, und das serviens insgemein ein Garten, Wiese 2c. zu seyn pflegt. plura vide apud Dn. Bastineller c. l.

§. XV.

Jedoch kan es auch geschehen, daß des andern prædium serviens auch ein urbanum wäre, in welchem Falle die servitus protectum habendi eine servitus urbana wäre. Wie denn das gar offters sich zuträgt, daß eine servitus, nach dem etwan die prædia seyn, bald eine urbana bald eine rustica ist. Also wenn mein Garten das Recht hat, daß mir ein anderer den Zugang darzu durch seine Wiese verstatten muß, so ist die servitus itineris eine rustica. Wenn mich aber einer durch sein Hauß zu meinem Hause gehen lassen muß, so ist die servitus itineris eine urbana. Man nennt aber doch eine servitutem also, wie sie am meisten mahlen zu seyn pfleget, aus welchem Grunde die servitus itineris gemeiniglich zu den rusticis gezehlet wird.

§. XVI.

Um näher zum Zweck zukommen: so sind die servitutes rusticæ erstlich iter, oder der Fuß-

Steig durch eines andern prædium, welches aber dergestalt zu verstehen, daß man auch dahin reiten und mit dem Schub-Karrn fahren darff. Nach der Römischen Grille, da es hieß, quod prædium serviat, non persona, hat man von diesem Fuß-Wege eine regul, quod iter diffusum sit per totum prædium serviens, oder daß man ihn anlegen kan, wo man will, welches aber sehr harte ist, und ist der gesunden Vernunfft viel gemässer, den Fuß-Weg dahin zu legen, wo er niemand schadet, dem dominanti aber seine gehörige Dienste thut.

§. XVII.

Von dieser ist unterschieden die servitus actus, oder das Treib-Recht, da ich mein Vieh über eines andern Acker oder Wiese treiben darff, welches von der Trifft-Gerechtigkeit wohl zu distinguiren ist. Die Trifft-Gerechtigkeit bringt mit sich, daß ich mein Vieh auf eines andern fundo weiden kan, die servitus actus aber erfordert, daß ich es, ohne es fressen zu lassen, so viel möglich darüber hintreibe. Diese servitus ist nun vel plena, vel minus plena, wie man sich etwan verglichen hat. Plena ist, da ich nicht nur mein Vieh über eines andern fundum treiben, sondern auch darüber fahren darff. Wenn aber besonders bedungen wird, daß man nicht drüber fahren soll, so heißt es minus plena, welches in specie ausgedungen werden muß, angesehen diese servitus sonst allemal plena zu seyn geglaubet wird.

§. XIIX.

Auf diese folgt die servitus viæ, wenn ich das Recht habe, über eines Acker oder Wiese rc. bloß fahren, gehen und reiten zu dürffen. Zu Rom hatte man auch eine Art der servitutis viæ, welche diese war: daß man ein Kriegs-Heer über die Strasse führen durffte, wie denn einem iedweden Röm. Bürger, Soldaten zu halten, erläubet war. Bey uns ist solches einem Bürger und Unterthanen zu thun verbothen, gehört auch sonsten der via publica oder die Heer-Strässe unter die hohen regalia, so daß dieser Casus auf keine Weise mehr vorkommen kan.

§. XIX.

Hieher gehört auch die Servitus aquæ ductus, oder Wasser-Leitung, da ich das Recht habe, daß der andere das Wasser aus seinem fundo in meinen leiten, oder auch wohl von meinem fundo ableiten muß. Im erstern Fall, muß ich zufrieden seyn, daß der andere zuförderst so viel Wasser im Nothfall davon nimt, als er selbst braucht, ehe ich es in meinen fundum kriege.

§. XX.

Von dieser sind wiederum unterschieden die servitus aquæ haustus, daß ich bey dem andern Wasser schöpffen darff, und pecoris ad aquam appulsus, oder die Vieh-Träncke, daß ich mein Vieh in seinem Wasser träncken darff. So ist auch dahin zu rechnen, die servitus

Kalck zu brennen, Sand, Tohn, Leimen, und was dergleichen mehr ist, auf des andern seinem fundo zu graben.

§. XXI.

Die allermerckwürdigste aber unter denen servitutibus rusticis ist das Trifft-Recht, oder jus pascendi, wovon gar unterschiedene Dinge zu mercken seyn. Erstlich daß man einen Acker oder Wiese nicht eher betreiben darff, als bey offenen Zeiten, das ist in Sachsen bey den Wiesen von Michaelis biß auf den ersten Maji, und bey den Aeckern nach geschehener Erndte. Wenn die Zahl des Viehes nicht besonders ausgemacht, wieviel man nemlich auf einen Acker treiben soll: so stehet einem frey, mit so viel v. g. Schaafen und Lämmern zu treiben, als man will. Wenn es aber ausgemacht, daß man v. g. nur mit 1000. St. Schaafen einen Acker betreiben soll, so darff man die Lämmer nicht länger als biß auf die Abhebe-Zeit mit treiben. So darff auch das Vieh nicht kranck seyn, gleichwie hingegen der Herr des Ackers oder Wiesen, selbige nicht mutiren, und v. g. aus einem Acker eine Wiese und contra machen darff. Zu dieser Trifft-Gerechtigkeit, wird auch die Koppel-Weide gerechnet wenn ihrer zwey gemeinschafftl. v. g. einen Acker betreiben dürffen, wobey nur dieses zu behalten, daß man offt aus guter Nachbarschafft und Freundschafft einig wird zusammen zu treiben, welches nicht gleich eine servi-

tu-

tutem perpetuam ausmacht, sondern nach Belieben wieder auffgehoben werden mag. Ferner kan solche Trifft-Gerechtigkeit ohne das Guth, welches selbige hat, weder verpachtet noch verkaufft werden, wenn nicht zugleich das Gut v. g. mit verkaufft wird. Gleich wie mir auch das nicht frey steht, daß ich mein Treib-Recht von einem weit entlegenen Acker oder Wiese auf eine nähere verlegen wolte, andere Dinge zu geschweigen, die man beym Berger in œconomia juris gar fein antrifft.

§. XXII.

Unter die Servitutes urbanas aber rechnet man ordentlicher Weise die servitutem oneris ferendi, wovon bereits §. VIII. gehandelt worden, und hier nur soviel zu sagen ist, daß sie von der servitute tigni immittendi oder dem so genannten Tram-Recht als latius und angustius differire, indem die letztere nur auf den casum geht, wann ein Balcke, oder sonst ein Stück des Gebäudes auf eines andern Mauer ruhet.

§. XXIII.

Die servitus aquæ ist das Trauff-Recht, und der Wasserlauff. Jenes ist, wenn mein Nachbahr schuldig ist, entweder meine Tach-Trauffe in seinen Hoff fallen zu lassen, oder seine Tach-Trauffe herüber in mein Hauß gehen zu lassen. Denn da kan mir etwas dran gelegen seyn, daß ich des andern sein Regen-Wasser habe, dergleichen man in denen Berg-Festun-

gen wahrnimmt, wo man in Kriegs-Läufften das Wasser durch Cisternen fangen muß. Die servitus fluminis ist wiederum gar verschiedentlich. Wenn man das Regen-Wasser v. g. durch Drachen-Köpffe weg leitet, und der andere schuldig ist, solches in seinen Hoff schiessen zulassen, oder in meinen Hoff zu leiten: So heist es servitus fluminis, gleichwie auch dieses servitus fluminis genennet wird, wenn der Nachbar verbunden ist, den durch seinen Hoff in meinen Hoff fliessenden Bach nicht anders wohin zu leiten, oder das aus meinem Hofe fliessende Wasser auffzunehmen. Es ist dabey zu mercken, daß es einem nicht frey stehet, aus der servitute Stillicidii eine servitutem fluminis zu machen, und die Tach-Trauffe in einen Fluß zu samlen, sintemahl dem Nachbar ein Fluß mehr schaden kan, als eintzelne Tropffen.

§. XXIV.

Die Servitus altius tollendi ist, wenn ich mir von dem Nachbar das Recht höher bauen zu dürffen bedinge. Regulariter stehet zwar einem jeden frey biß in den Himmel zu bauen. Es kan aber ein Statutum an einem Orte seyn, daß niemand ohne des Nachbars Verwilligung höher als 3. Stock bauen soll, in welchem Fall ich mir die Servitutem altius bauen zu dürffen, bedingen muß. Eine andere Art der Servitutis altius tollendi ist, wenn mir etwas daran gelegen, daß des Nachbars Hauß v. g. einen Stock höher sey, und ich ihm daher v. g. durch Geld obligi-

ligire sein Hauß höher, als er sich wohl vorgesetzt hatte zu bauen, wovon schon §. VIII. geredet worden. Diesen beyden Gattungen wird entgegen gesetzt die servitus altius non tollendi, weñ der andere obligirt ist, niedriger zu bauen, als er sonst gewolt hätte, welche servitus doch nicht verhindert, daß er nicht einen Altan noch auf sein Hauß setzen dürffte.

§. XXV.

Die servitus prospectus ist das Recht, die Aussicht in eines andern fundum zu haben. Servitus ne prospectui officiatur aber heist, weñ mir iemand weit und breit umher nichts verbauen darff, da hingegen zum blossen prospect genung ist, daß er mir nur in gerader Linie so breit nemlich als meine Wohnung ist, nichts vorbaut. Die servitus projiciendi ist das Recht ein Wetter-Dach, und Ercker auf des andern seinen Boden hinüber zu hangen.

§. XXVI.

Endlich ist noch die servitus luminum übrig. In meine Mauer darff ich nach meinem Belieben Fenster in des andern Hoff machen, ich darff sie aber nicht offen haben, und steht ihm dabey frey, mir selbige alle Tage zu verbauen. Wenn ich nun die Fenster in meiner Wand gerne offen, oder in des andern Wand Fenster bauen will, muß ich den Nachbahr per servitutem luminum dazu adstringiren. Wenn ich aber will, daß er mir nur die Fenster in meiner

Wand (denn wenn sie in seiner seyn, bedarff ich keiner speciellen servitut,) nicht verbauen soll, so muß ich solches per servitutem, ne luminibus officiat von ihm erhalten.

§. XXVII.

Dieses sind nun die Servitutes reales, so wohl urbanæ als rusticæ. Die personales hingegen, wo ein prædium einer gewissen Person servirt, sind der Nießbrauch oder Ususfructus, die Wohnung und der Brauch. Bey Prædiis, so zur Wohnung nicht gebraucht werden können, kommt die Servitus habitationis nicht vor, es entscheidet sich aber daselbst die Servitus usus von dem Usufructu desto leichter. Denn wenn ich v. g. einem den Brauch von einem Garten vermache, so darff er nicht mehr Obst und Garten-Gewächs ꝛc. daraus nehmen, als er in seinem Hause verbraucht. Wenn ich aber ihme den Nießbrauch vermacht, so kan er den Uberrest an andere verkauffen und verschencken ꝛc.

Das IV. Capitel

Die Lehre von Testamenten und Erbschafften.

§. I.

DJe Ordnung derer specierum juris in re führt uns nunmehro auf die Testamenta, wel-

welche wir erstlich historice betrachten wollen, ehe wir die præcepta derselbigen erzehlen. Es wird solche historische Untersuchung hernachmahls ein ungemeines Licht in der doctrina testamentaria geben, und ein starcker Beweiß von dem Nutzen der Historie Juris seyn.

§. II.

Anfänglich machten die Römer ihre Testamenta in comitiis calatis, wozu sie durch verschiedene Ursachen bewogen wurden: Die hauptsächlichste war wohl, daß sie dafür hielten, die Menschen hätten ihre eigenthümlichen Sachen nur zum Gebrauch auf die Zeit ihres Lebens, daher höre das dominium eines jeden Menschens mit dem Tode auf, und fielen die verlassenen Sachen in statu naturali dem occupanti, oder intra rempublicam dem Staat anheim, im Fall er keine Erben habe. Wann dann nun durch die eingeführten Testamente dem Volcke und der republique an ihrem Nutzen und Vortheil viel abgieng: so hielten die Römer vor billich, im Angesicht und mit consens des gantzen Volcks eine solche Sache vorzunehmen, welche dem interesse communi so sehr nachtheilig war.

§. III.

Es muste aber solches in calatis comitiis geschehen, wovon A. Gellius Noct. Attic. L. 15. cap. 27. diese Nachricht ertheilet: Calata co-

mitia esse, quæ pro Collegio Pontificum habentur, aut rei, aut Flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse curiata, alia centuriata. Curiata per lictorem calari i. e. vocari, centuriata per cornicem. In iisdem comitiis, quæ calata appellari solent, & sacrorum detestatio & testamentorum fieri solebat.

§. IV.

Unter dem Romulo und nachfolgenden Königen, waren die curiata comitia sehr im Brauch, an deren statt der König Servius Tullius die centuriata mehr empor brachte, da er das Volck in 6. Centurien oder Classen eintheilete, in deren erstern die reichsten, und in der letztern die armen stunden. Der Endzweck solcher Eintheilung war, daß der König einer ieden Classe einen Anschlag machen, wie ein ieder im Felde erscheinen solte, und solchergestalt wissen konte, auf wie viel Reuterey und Fuß-Volck er Rechnung zu machen habe.

§. V.

In diesen Centuriatis Comitiis wurden nun von Zeiten des Servii Tullii an, die Testamenta gemacht, wie der raisonnirende Juriste Part. 1. Ratioc. 9. §. 27. pag. 82. &c. gründlich erweiset. Es währete aber nicht lange, so fiele es dem Volcke zu beschwerlich, um eines eintzelen Mannes Testament willen zusammen zu kom-

kommen, und die Leute dachten bey gesunden Tagen auch nicht allemahl ans Testament-machen. Solchem Ubel abzuhelffen, wurde erlaubet, die Testamente zu Hause, und extra comitia machen zu dürffen, wenn man nur aus iedweder Centuria einen Mann darzu ruffen liesse, welcher die Centuriam repræsentirte, daß es also eben so gut, als wenn es in comitiis geschehen.

§. VI.

Alldieweil aber die Römer einmahl auf das principium gefallen waren, das Dominium höre mit dem Tode auf, dahero ja niemand von seinen Sachen valide post mortem disponiren möge; gleichwohl aber sahen, daß einer bey seinem Leben eine Sache verkauffen könte, welche der Käuffer auch nach des Verkäuffers Tode behielte, so führten sie die mode ein, per imaginariam venditionem, oder durch einen Schein-Kauff, von seinen Sachen nach seinem Tode zu disponiren, damit die Testamenta nicht so wohl eine Schenckung wären, als unter der Gestalt eines Verkauffs einher giengen, ob sie es gleich würcklich nicht wären.

§. VII.

Dergestalt muste ein Römischer Bürger, wenn er ein Testament machen wolte, über die 5. Männer ex centuriis, noch den Erben ruffen lassen, welcher unter dem Nahmen eines

nes emtotris familiæ erschiene, und einen Libripentem bey sich haben muste, welcher das Kauff-Geld wog, weiln die Römer ihr Geld nicht zahleten, sondern mehrerntheils einander durch geschworne Wäger zuwogen, daher auch dieses testamenta per æs & libram hiessen. Wenn nun diese alle gegenwärtig waren: so gieng die Comœdie an. Der Testator fragte den Erben oder emtorem: ob er ihm wolte seine Familie oder Vermögen abkauffen? der Emtor sagte Ja, und warff dem Wäger ein aſſ, oder nach heutiger Art zu reden, ein 16. Gr. Stücke auf die Waage, welcher denn selbiges auffzog, und dem Testatori, als das Kauff-Geld, übergab. Die formul, so der Emtor dabey brauchte, steht beym Rosino in antiqv. Rom. L. 8. c. 6. §. 12. und heißt: Hujus ego familiam, quæ mihi emta est hoc ære, jure Quiritum meam esse ajo.

§. VIII.

Ob nun wohl zwischen dem Kauff-Gelde oder dem 16. Gr. Stücke und dem Vermögen des Testatoris keine proportion war, indem dieses 100000. Ducaten betragen kunte: So war es doch mit diesem Kauff nicht auf das Kauff-Geld, sondern darauff angesehen, daß die Testamente nur sub imagine venditionis geschähen, um das Römische principium zu conserviren. Es wäre freylich diese Comœdie nicht nöthig gewesen, und hätten die alten Römi-

mischen Juristen ja nur gleich zu sagen dürffen; Alleine sie hatten ihre Lust an solchem Puppen-Wercke, und die heutige Praxis ahmt ihnen hierinnen, obwohl nicht in diesem, dennoch in andern Stücken glücklich nach. Denn wenn ich ansehe, was man in Sachsen vor touren spielt, wenn der Mann die Gerade von der Frau haben will, so wüste ich keine grössere Aehnlichkeit anzutreffen. Wir haben nach Sachsen-Recht das Principium, daß eine Frau dem Mann ihre Gerade nicht schencken, sondern nur verkauffen kan. Es ist aber gnug, wenn es gleich nur ein Schein-Kauff heist, und der Mann der Frauen einen Ducaten vor eine Gerade giebt, welche 12000. Thal. werth ist, nur damit es nicht geschenckt heissen solle. Solche Dinge solte man würcklich in Rechten nicht haben, und ist kein Mensch Schuld daran, daß sie nicht abgeschaffet werden, als die Civilisten. Denn da die Legislatores zu Verfertigung neuer, und Ausbesserung der alten Gesetze meist ICtos nehmen, über dieses die Schöppen-Stühle und Facultäten mit ihren interpretationibus ein grosses Stück zu Veränderung der Rechte beytragen, so sehe ich nicht, wie sie sich loßwickeln wollen, daß ihnen nicht die Beybehaltung solcher logomachien auf den Halß geschoben werden möge.

§. IX.

Es wurden aber auch die Römer selbst die-

ser Possen überdrüßig, und die Prætores erlaubten, daß man auch ohne diese Ceremonien Testamenta machen kunte, wenn nur statt des Emtoris familiæ, und des Libripentis noch zwey Zeugen genommen wurden, welche denn nebst denen fünff ex centuriis, sieben ausmachten, aus welchem Grunde nachgehends allemahl sieben Zeugen zu einem Testamente erfordert worden seyn. Doch sind die Testamenta per æs & libram dadurch so gleich nicht gar in Abnehmen gekommen, angesehen selbige zu Ulpiani Zeiten, wie aus seinen Fragmentis Tit. 20. §. 2. erhellet, noch in Brauch gewesen. Ja Justinianus bezeugt selbst §. 1. J. de T. O. daß zu seiner Zeit noch viele reliquien übrig gewesen, davon man noch sehr viele in jure antrifft, gleichwie auch aus der Art in comitiis zu testiren viel Dinge erklärt werden müsten, welche noch in viridi observantia seyn.

§. X.

Solches zu beweisen, und zugleich zu zeigen, was unsere vorher gesetzte Historische Betrachtung vor ungemeinen Nutzen habe: so will ich eine Probe davon liefern. Erstlich begreifft man den Ursprung des numeri septenarii testium, welche bey Testamenten erfordert werden, und fällt nicht auf die absurde Meynung, als wenn die sieben Planeten, oder die sieben Leuchter aus der Offenbahrung S. Johan-

Johannis Gelegenheit darzu gegeben hätten. Man begreifft ferner, warum eine Frau bey einem Testament nicht zeugen kan, da sie doch in andern offt wichtigern Sachen vor gültig gehalten wird. Die raison liegt am hellen Tage, wenn man den Ursprung der Zeugen ansieht, daß selbige nemlich anfänglich die Centurien und das Volck repræsentiren musten, und dahero selber das jus in Comitiis zu erscheinen haben musten, welches aber keine Frau zu Rom hatte. Ob nun wohl die Art in comitiis zu testiren abgeschafft worden; so ist doch die regul, daß eine Frau nicht zeugen könne, von selbiger Zeit noch übrig blieben. Eben dieses muß ich zur Ursache angeben, wenn ich gefragt werde, warum ein impubes, servus, in insulam deportatus &c. nicht Zeuge seyn, und auch kein Testament machen kunte? weiln sie nemlich alle das jus standi in Comitiis nicht hatten. Wiewohl dieses nicht eben die eintzige Ursache ist, weiln ja eine Sache viel raisons haben kan.

§. XI.

Aus eben diesem Grunde schreibt sich es her, daß ein Sohn, so noch sub patria potestate ist, weder von dem peculio profectitio, noch ad ventitio v. g. seinen Mutter-Geldern nicht testiren kan, wenn gleich der Vater solches erlauben wolte; denn ein solcher Sohn, der noch kein Pater familias ware, hatte kein jus in co-

mitiis zu erscheinen, mochte ihm auch solches ein Vater nicht geben, wenn er ihn nicht zugleich emancipirte. So lange nun die Testamenta in comitiis gemacht wurden: So folgt gantz vernünftig, daß des Vaters Bewilligung zu selbiger Zeit nicht zulangte, dem Sohne, der kein jus standi in comitiis hatte, ein Testament zu machen zu erlauben, welche conclusion in Rechten übrig blieben, obgleich das principium abgeschaffet worden. Gleiche Bewandtniß hat es mit dem Pupillen, welcher cum auctoritate tutoris zwar etwas veräusern, aber nicht vertestiren kan, wenn gleich der Tutor seine auctoritatem darzu gäbe, da doch die testirung eine species alienationis ist. Es kommt nemlich von der Zeit her, da die Testamenta noch in comitiis geschahen, in welchen zu erscheinen der Pupill kein Recht hatte, auch durch die auctoritatem tutoris nicht bekommen konte.

§. XII.

Eben daher kommt es, daß man im Römischen Rechte zu frieden ist, wenn nur die Zeugen zur Zeit, da das Testament gemacht wurde, gültig und tüchtig waren. Denn weilen die Zeugen die Centurias repræsentirten, und also nur so zu reden mandatarii waren: eines mandatarii aber geführte Sache deßwegen nicht ungültig wird, wenn er gleich nach der Zeit v. g. seines Bürger-Rechts beraubet worden

den wäre: So war der Römer ihr Schluß gar vernünfftig.

§. XIII.

So sieht man auch, woher es kommen, daß die Römer continuitatem actus zu einem Testamente erforderten, und nicht lidten, daß ein Testament auf zwey oder drey mahl gemacht, oder sonsten ein actus darzwischen celebrirt würde. Denn da würde es sich zur Zeit da die Testamente noch in Comitiis geschehen, nicht geschickt haben, daß das gantze Volck eines unbesoñenen Menschens halber zweymal zusammen kommen wäre, oder sich lange aufhalten lassen.

§. XIV.

Hiernechst ist gantz wahrscheinlich, was der Herr Thomasius in diss. de primis initiis successionis Testamentariæ apud Romanos §. 9. & 10. sagt, daß die Römer nebst oben angeführten Ursachen, auch deshalber die Testamenta eingeführet, damit ein Sterbender nicht eben gezwungen würde, seine Güter nothwendiger Weise seinem nächsten Anverwandten zu hinterlassen, welchen er doch offt nicht vor würdig achtete, und der sich vielmal schlecht um ihn verdient gemacht. Alldieweilen nun dergestalt die Testamenta in odium derer hæredum legitimorum, und zu dem Ende unter andern eingeführt worden, daß dieselben von dem Verstorbenen nichts bekomen solten: So

erwuchs daraus von selbsten das bekannte principium: nemo ex parte testatus & intestatus decedere debet, angesehen sonst im letztern Fall, und wenn der testator etwas untestirt hinterlassen, sothaner Zweck denen legitimis die succession nicht zu lassen, über den Hauffen gefallen wäre.

§. XV.

Aus der alten historie von Testamentis per æs & libram kan man nunmehro verstehen, warum die Zeugen zu einem Testamente gebeten seyn musten. Denn weilen die fünff Zeugen anfänglich ex quinque centuriis seyn musten, und der Fall sich nicht leichte zutrug, daß eben ohngefehr aus einer ieden centuria einer wäre zu handen, oder beym moribundo gegenwärtig gewesen: So muste man sie meist aus allen Winckeln der Stadt Rom zusammen suchen, und bitten, welches bitten durch Länge der Zeit zu einem requisito wurde, obgleich nunmehro erlaubet war, die Zeugen nach seinem Belieben zu nehmen.

§. XVI.

Hiernechst weilen die Testamenta unter dem Bilde eines Kauffs repræsentiret wurden, zu einem Kauffe aber ein Käuffer nothwendig gehört, welches eben der Erbe war: So sieht man wiederum gar leichte, warum die Römer

mer kein Testament ohne einen Erben gelten liessen, und die hæredis institution pro basi & fundamento des Testaments ausgaben. Ausser diesem wäre es ja gleich viel gewesen, ob ich sage, Titius soll mein Erbe seyn, und Cajus soll 1000. Thlr. haben, Mevio aber will ich mein Hauß legiren, oder ob ich spreche: dem Cajo will ich 1000. Thlr. Mevio mein Hauß, und dem Titio das übrige alles legiren. Alleine nach angeführten Römischen principio, passirte das letztere nicht.

§. XVII.

So wird man auch nunmehro gar wohl begreiffen, was die Worte des §. 10. Inst. de T. O. heissen: totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter testatorem & hæredem agi, wenn man nur ansehen will, daß bey einem Kauff der Käuffer und Verkäuffer eigentlich den Handel mit einander schliessen, und die beyden Haupt-Personen seyn.

§. XIIX.

Gleichwie aber ein legatarius bey diesem bemäntelten Kauffe weder Käuffer noch Verkäuffer war, also gieng es auch gar wohl an, daß er ein Zuschauer oder Zeugen abgab, ob er gleich selbst mit interessiret war. Der Erbe aber welcher eine Haupt-Person in dieser

Co-

Comœdie agirte, konte die Stelle eines Zeugens oder gebetenen Zuschauers nicht vertreten.

§. XIX.

Aus diesen allen liegt am Tage, wieviel reliquien in jure Justinianeo stecken, und von unserer heutigen Praxi noch beybehalten werden, welche sich entweder von einer albernen Grille der Römer herschreiben, oder aus dem alten und längst vergessenen Zustand der Römischen Republique hergeflossen, und sich auf uns nicht viel besser schicken, als eine Faust auf ein Auge. Dem allen ohnerachtet beten wir die Dinge als Heiligthümer, und Geheimnüsse der Weißheit an, besonders weilen wir das zehnde mahl den rechten Grund nicht wissen, und ist fast keine Lehre in Jure Romano, welche in unsern foris stärcker florirt, und darüber es mehr Streitigkeit giebt, als die Doctrina testamentaria.

Cap. V.

Von dem Rechte zu einer Sache, so man durch eine obligationem des andern bekomt, sive de jure ad rem.

§. I.

WAs der eigentliche Unterscheid des juris ad rem von dem jure in re sey, solches ist

ist bereits oben cap. 1. lib. 2. erkläret worden, und kommt hauptsächlich darauff an daß das jus ad rem eine Absicht auf eine gewisse person hat, welche sich solches dadurch selbst auf den Halß bürdet, daß sie sich contrahendo seu delinquendo darzu obligirt. Demnach ist zwar die obligation die eigentliche Ursache, und Mutter des juris ad rem; es muß aber selbige obligation aus einem speciellen facto herrühren, als da ist ein contract oder delictum. Deñ ausser diesem ist es nur obligatio generalis, und auch bey dem jure in re zu befinden. Bey dem Dominio haben ja alle Leute die obligation mich nicht darinnen zu turbiren; alleine da redet man in jure ad rem nur von einer obligation ex contractu & delicto orta, neben welchen es auch obligationes immediate ex lege giebt.

§. II.

Uberhaupt aber ist eine obligatio oder Verbindlichkeit eine vom Gesetze entweder unmittelbar oder von wegen meines consensus mir auferlegte Pflicht, etwas zu thun, zu unterlassen, oder zu leiden.

§. III.

Wenn solche Pflicht mir vom Bürgerlichen Gesetze nur aufferlegt ist, die Vernunfft aber

da-

davon nichts weiß, so heist es obligatio civilis. Zum exemple: Anfänglich war im jure Romano die Verfassung gemacht, daß einer einen contract halten muste, wenn er gleich mit Hinter-List oder Zwang dazu gebracht worden war, dahingegen die Vernunfft einen solchen contract vor null und nichtig erkennet. Dergestalt schrieb sich die Schuldigkeit einen solchen Contract zu halten bloß aus dem Bürgerlichen Recht her, biß endlich die Prætores die Verordnung machten, daß, wenn man eines solchen Contracts halber verklagt würde, man sich mit der exceptione doli mali & metus solte loß wickeln können. Wäre der contractus ipso jure nullus gewesen, hätte dem Kläger gar keine Klage verstattet werden können. Wiewohl, wenn man das Ding beym Lichte besiehet, selbiges in effectu wenig heißt, ob iemand gar keine Klage hat, oder selbige durch eine exception verlieret. Denn da kan ja ein Richter noch nicht wissen, was der andere vor exceptionen wider eine Klage einwenden, und ob er sie gebührend beweisen wird, und muß dahero die Klagen annehmen, biß der andere den Fehler derselben zeiget, Z. E. Wenn iemand mit einen Pupillen contrahirt, ist der contract in gewissen Fallen null und nichtig. Gleichwohl muß ihn der Richter anhören, indem er ja nicht wissen kan, ob der Pupill nicht etwan locupletior worden, und

was

was sonsten dem actori bey einer solchen Sache zu statten kommen könne. Vide omnino Dominum Ludovici tr. de usu practico distinctionum juridicarum.

§. IV.

Vielmal geschicht es auch, daß etwas von der Vernunfft anbefohlen wird, weshalber ich aber einen nicht verklagen kan, wenn er es nicht thun will, und heist daher obligatio naturalis, welches auf unterschiedliche Art geschiehet. Wenn ein Weib vor etwas gut sagt, ist sie jure naturali schuldig, selbiges zu halten, ich kan sie aber deßwegen nicht auf dem Rath-Hause verklagen, weilen die jura civilia hierinnen keine actionem verstatten, indem sie die Weiber mit dem Privilegio SCt. Vellejani versehen. Nicht als wenn sie dadurch dem juri naturali derogiren und einer Frau verbiethen wolten, ihr Wort nicht zu halten, sondern daß sie nur durch den Richter nicht darzu gezwungen werden mag. Es ist ja ein legislator nicht eben schuldig denen Leuten in allen Fällen mit seiner Gerichts-Hülffe und civil Verordnungen zu statten zu kommen, sondern ihm steht frey einige Sachen der generosité, und dem pudori naturali zu überlassen. Gleichergestalt ist es mit denen pactis nudis nach Römischen Rechte beschaffen gewesen, nur daß man ihnen noch diese besondere Würckung

ckung in foris beylegen will, daß man exceptione pacti nudi sich schützen konte, wenn man darauff verklagt würde. Alleine in der That ist dieses wieder ein Wort-Geräusch, und sehe ich keinen Unterschied unter der obligatione pactis naturali bey denen pactis nudis und dem Scto Vellejano. Ein pactum nudum giebet keine actionem in foro Romano, eine fidejussio einer Frauen auch nicht. Wenn sie aber der Richter anhört, welches er verschiedener Ursachen halber nicht abschlagen kan, so giebt sowohl das pactum nudum, als das SCtum Vellejanum eine Exceptionem ab, womit man sich defendiren kan. Besonders aber hat der Plunder in Teutschland keinen usum mehr, weilen wir die Jurisprudentiam formulariam, als den stärckſten Eckstein dieser subtilitäten, abgeschafft, und über dieses einen betrogenen, gezwungenē, oder auch pacto nudo contrahirenden als Kläger anhören, der contract mag erfüllet seyn oder nicht; da er hingegen sich zu Rom nicht eher helffen kunte, als wenn er verklagt wurde. plura infra.

§. V.

Endlich giebt es Pflichten der gesunden Vernunfft, welche vom jure civili confirmirt seyn, und dahero obligationem mixtam ausmachen, wohin die meisten leges zu rechnen seyn, indem lange so viel nicht verhanden, so

bloß

bloß ex jure civili wären, und in der Vernunfft gar keinen Grund hätten.

§. VI.

Wir reden hier von der obligatione civili, und mixta, und überlassen die naturalem denen DDribus juris naturalis, weilen sie in foro keinen weitern effect producirt.

§. VII

Eine solche obligatio civilis und mixta entsteht entweder unmittelbar aus dem Gesetze, als da ist die obligation, welche beym Eigenthum, bey servituten und dem Erb-Rechte ist. Denn da kan kein Eigenthum ohne anderer Menschen obligation begriffen werden. Wenn keine Menschen mehr in der Welt wären, als einer, oder die andern nicht verbunden wären, mir dasjenige zu lassen, was meine ist, so wäre kein Eigenthum in der Welt. Dahero steckt in dem Eigenthum eine Verbindlichkeit der andern, dem Herrn an den Brauch desselben nicht verhinderlich zu seyn, welche obligation allen Menschen von der Vernunfft aufferlegt, ohne daß sie darein consentirt, und von denen Civil-Gesetzen gebilliget wird. Gleiche Bewandtniß hat es mit der Servitute. Denn ob wohl die Römer lehreten, quod prædium serviat, so ist doch servire und obligirt seyn, ein prædicatum hominis, und fällt auf den Besitzer des prædii servientis, daß also keine servitus sine obligatione zu begreiffen ist, welche öffters ime-

mediate ex lege herrühret, wie denn v. g. L. ult. C. de Servit. versehen, daß mir keiner meine Scheun-Tenne verbauen soll. Endlich weiß ich nicht, wohin man die obligation bringen will, krafft welcher ein Vater verbunden ist, seinem Kinde zum wenigsten die legitimam zu hinterlassen, wenn man keine obligationem immediatam ex lege statuiren, sondern alle obligationes ex consensu herführen will.

§. IIX.

So viel gebe ich gar gerne zu, daß die obligationes aus diesem letztern Grunde öffters vorkommen, auch leichter in die Augen fallen, als jene: doch sind diese deshalber nicht zu verläugnen. Indessen haben wir hier nur mit der obligatione ex consensu zu thun.

§. IX.

Es sind aber solche obligationes ex consensu wiederum dreyerley; wenn man eine Gelübde thut, so heist es pollicitatio, verspricht man einem andern was, so heist es conventio, verbricht man aber etwas, und soll deßwegen gestrafft werden, so heist es delictum, und hegt gleichfalls einen consensum bey sich, indem ein ieder eo ipso, da er in der republique lebet, sich erklärt denen Gesetzen derselben gehorsam zu seyn, und seine Ubertretungen zu büssen. Wir wollen von ieden ins besondere reden.

§. X.

Die Pollicitatio oder Gelübde geschicht entwe-

weder dem lieben GOtte, und heist votum, oder sie geschicht der Kirche, Hospital, Waisen-Hause, &c. und heißt pollicitatio in specie, wovon die Juristen unterschiedliches zu erinnern wissen.

§. XI.

Die Conventiones oder Verträge sind wiederum einzutheilen in pacta und contractus. Ein pactum wird von den Römern beschrieben, daß es keinen Nahmen und keine causam habe, das ist, welches kein nomen legale hat, und da von keinem Theile noch nichts an dem Versprechen erfüllet worden. Dasselbige wird wieder eingetheilt in pactum præparatorium und principale.

§. XII.

Ein pactum praeparatorium sind die Tractaten, welche vor einem pacto vorhergehen, wie auch wenn man sich generatim zu etwas vereiniget, da man in specialioribus noch nicht richtig ist. Zum exemple: Wenn man ein Hauß kauffen will, und setzt sich mit dem Verkäuffer hin, die revenuen aus zu punctiren, wirfft auch wohl gar einige Dinge, worüber man schon richtig ist, zu Papier, es ist aber der gantze contract nicht fertig, so heißt es pactum præparatorium. Also wenn ich zu einem sage, ich wolle ihm ein Pferd abkauffen, sage aber nicht welches, und wie theuer, so kan ich zu solchen Kauff hernachmals nicht angestrenget wer-

den, wenn etwan dasjenige, worauff ich reflexion gemacht, schon verkaufft, oder der andere den Preiß zu hoch spannte, und ich deshalber mit ihm nicht einig werden könte. Dieserhalben heist es nun in jure: pacta præparatoria non obligant. vide Dn. D. Graß in diss. de pacto præparatorio.

§. XIII.

Ein pactum principale wird wiederum abgetheilt in nudum und vestitum. Pactum nudum ist ein solcher Vergleich, welcher keine Klage in Gerichten giebt, sondern nur eine exception: als da sind alle contractus innominati, so lange keine Parthey noch nichts præstirt, item die contractus reales, so lange die Sache noch nicht ausgehändigt. Z. E. Es verspricht mir einer 100. Thlr. zu leihen, hat mir sie aber noch nicht gegeben, so ist es kein mutuum oder Darlehn, sondern es ist ein pactum nudum, und könte ich jure Romano nicht klagen, wenn er sein Versprechen nicht halten wolte. Die Ursache, warum die Römer keine Klage verstatteten, steckt in der Römischen antiquitæt, und war diese: Die Römischen Patricii und Senatores schoren das Volck grausam mit den Formuln. Denn da hatten sie ihnen weiß gemacht, Recht und Gerechtigkeit könne ohnmöglich erhalten werden, wenn nicht alles sowohl ausser Gericht, als im Gericht selbsten fein ordentlich zu gieng, und schrieben ihnen

da-

daher in iedem Fall besondere Formuln oder Redens-Arten vor, welche sie sowohl ausserhalb des judicii in Vergleichen 2c. als auch, wenn sie etwas im judicio zu klagen hatten, gebrauchen solten, welches letztere actionis formulæ hiessen. Alldieweilen nun die Römischen judices aus habenden Ursachen nicht alle negotia und Fälle mit solchen Formuln versehen: so kunte man auch darauff nicht klagen, weil man keine formul hatte, das negotium vorzutragen, ohne formul aber der Richter einen nicht anhörte. Nun hatten aber die Römer keine formul auffgesetzt, wie man ein solch pactum, welches wir nudum genannt, und gar deutlich beschrieben, machen, vielweniger wie man darauf klagen kunte. Dahero hieß es freylich: pacta nuda non producunt actionem. Wenn man aber von einem andern drauf verklagt wurde, so kunte man sich mit der exception des pacti nudi schützen. Es muste aber der andere seine Klage nicht als ein pactum nudum angeben, sintemaln er da keine formulam agendi hatte, sondern er muste es als einen contractum v. g. innominatum, oder unter desselben formul vorbringen, wenn es gleich nicht wahr war, welches so viel halff, daß ihn der Prætor anhören, und den reum vernehmen muste, welcher sich denn mit der exceptione pacti loß halfftern kunte. Ob nun wohln schon unter denen alten Käysern die Jurisprudentia

formularia abgeschafft worden, so sind doch noch viele conclusiones davon in denen Justinianischen Rechten übrig geblieben, worunter dieses gehört, daß die pacta nuda civiliter nicht obligirten. Mich wundert sehr, daß wir diese herrliche Grille nicht auch in unsere fora eingeführt haben, und glaube ich, daß es würcklich geschehen wäre, wenn uns die Billigkeit denen so genannten nudis pactis ihre obligation gleich andern zu lassen, nicht so starck ex jure naturali in die Augen geleuchtet. Dem ohnerachtet aber, und obschon alle pacta nuda bey uns das Recht zu klagen geben, soll man sich doch um den rechten Verstand der Römischen Gesetze bekümmern, damit einem die interpretes keine falsche conclusiones auf den Ermel hefften.

§. XIV.

Was ein pactum vestitum sey, solches wird man am besten verstehen, wenn man die species desselben betrachtet, denn da wird es eingetheilt in legitimum und adjectum. Pactum legitimum ist, welches durch einen besondern legem seine Krafft erreicht, da es zuvor als ein pactum nudum keine Actionem producirt. Also war die Schenckung, bevor man einem die geschenckte Sache übergeben, ein pactum nudum, hat aber durch den Legem 35. §. 4. ff. de donationibus eine solche Verbindlichkeit erhalten, daß man den Schencker verklagen

kan

kan, sein Wort zu halten, ob man schon das Geschencke noch nicht hat. Eben also ist durch ein besonderes Gesetze de constituto die Verordnung gethan worden, daß ein pactum nudum, weñ man das Versprechen wiederhohlt, oder zweymal etwas verspricht, welches eben constitutum heist, gelten, und eine Klage geben soll. Dieses nannten die Römer nun ein pactum vestitum legitimum, vielleicht deßwegen, weilen es als ein pactum nudum in foro nicht erscheinen durffte, da es nunmehro durch ein besonderes Gesetze ein Hochzeitlich Kleid bekommen, daß es nun in foro eben so breit einher treten kunte, und eine so kräfftige action gab, als die contracte.

§. XV.

Die andere Gattung von pactis vestitis sind die adjecta oder diejenigen pacta nuda, so man an einen contract so gleich hinten anhänget, welche als ein annexum desselbigen contracts gelten. Z. E. Es kaufft mir einer ein Hauß ab, und ich bedünge mir noch hinten nach, daß er mir etliche Ofen mit nehmen lassen solte, ich wolte ihm das Hauß dafür mahlen. Dasselbe besondere pactum war deßwegen ein nudum, weil von beyden Seiten noch nichts præstirt; wenn ich aber die Ofen schon weg hätte, so war ich ex contractu innominato, faciam ut des, das Hauß zu malen schuldig. Weñ nun ein solches pactum, so sonst nudum gewesen wäre,

in continenti an einen contract, wie hier der Kauff ist, angehänget wurde, so hieß es pactum adjectum, und producirte actionem in foro. An und vor sich hätte es zwar kein Hochzeit-Kleid in foro zu erscheinē angehabt; alleine die Römer glaubten, daß ein solches pactum in diesem Fall sich unter den Hochzeitlichen Mantel des contractes verkrieche, und dergestalt als ein vestitum einher gehe. Aus diesen erhellet, daß ein pactum vestitum in genere sey, welches durch ein besonderes Gesetz, oder gleich vorhergehenden contract die obligationem civilem überkommen, daß es actionem in foro produciren könne.

§. XVI.

Wir kommen also auf die contracte, welche man unterschiedlich abzutheilen pfleget. Einmal theilt man sie in einseitige, oder unilaterales, und zweyseitige oder bilaterales. Jenes sind diejenigen, wo mir eine Parthey zu etwas verbunden ist, als da ist das Darlehn, die Stipulation, die Antretung einer Erbschafft, und die solutio indebiti, oder Bezahlung einer ungehörigen Forderung. Denn da findet sich gar leichte, daß v. g. bey einem Darlehn nur derjenige, so etwas geborgt hat, zur restitution verpflichtet, der Leihende aber zu nichts. Die zweyseitigen Contracte hingegen verbinden beyde, als v. g. den Verkäuffer zu Auslieferung der Sache, und den Käuffer zu

Be-

Bezahlung des Kauff-Geldes. Also bin ich als mandatarius schuldig, die anvertraueten Geschäffte zu verrichten, der andere muß mich aber Schadloß halten.

§. XVII.

Auf eine andere Art theilet man die contracte in bonæ fidei und stricti juris ab, welche distinction man aus der Römischen Antiquität verstehen lernen muß. Denn da hatten die Prætores ihre judices pedaneos, an welchen sie diejenigen Sachen wiesen, so ihnen etwan zu verdrießlich waren, oder worzu sie nicht Zeit hatten. Alldieweilen nun ein solcher judex pedaneus vor sich das jus zu decidiren nicht hatte, sondern vom Prætore bekommen muste, so gabe der Prætor einer Parthey, wenn er selbige ad judicium pedaneum wiese, allemal eine Vorschrifft mit, wie weit des judicis Gewalt zu decidiren gehen solte. Wenn nun in diesem Tittul die formul stunde: ex bona fide, vel quantum æquius, melius, vel quicquid ex bona fide dari fierive oportet; so hieß es ein negotium bonæ fidei, und da stunde dem judici pedaneo frey, die favorableste Erklärung vor den actorem zu nehmen, und selbigen sonst auf allerhand Weise, so viel die Billigkeit erforderte, zu helffen. Z. E. es hätte mir einer eine Sache abgeborget, und selbige verdorben: so belangte ich ihn ad interesse, oder zu Bezahlung der Sache. Wenn ich nun an

den Judicem pedaneum gewiesen wurde, und der prætor hatte die Formul hinein gesetzt, so kunte ich die Sache nach dem pretio affectionis schätzen, und ich wurde ad juramentum in litem affectionis zugelassen; dahingegen, wenn die Formul nicht dabey stunde, der judex pedaneus mir nicht mehr als den blossen Werth der Sache zugestand. Anderer mercklichen differencen zu geschweigen. So sahe es nun anfänglich mit den contractibus bonæ fidei & stricti juris aus, und stunde es in des Prætoris Belieben, zu welchen er diese Formul setzen wolte oder nicht. Nachdem aber die Leute sich gar offt über eine Partheylichkeit beschwereten, mußten sich die Prætores resolviren eine gewisse Anzahl contracte einmahl vor allemahl beym Anfang ihrer Regierung nahmhafftig zu machen, welche die judices pedanei ex bona fide, und welche sie ex stricto jure richten solten: sintemahlen bey dem Prætore stunde, wo er die allzu harten Gesetze nach der Billigkeit etwan temperiren wolte oder nicht. Im Jure Justinianeo sind die contractus bonæ fidei einmahl vor allemahl in dem §. 28. Inst. de actionibus specificirt, und werden die Effectus davon durch das gantze Corpus Juris gestreuet. Und ob wohl das Formular-Wesen, wovon sich diese distinction herschreibet, per L. 1. C. de Form. gantz und gar auffgehoben worden; so folget doch deswegen nicht, daß auch diese distinction Jure Justinianeo nichts mehr gelte.

Es finden sich sehr viel Fälle, da man die principia abgeschafft, die conclusiones aber behalten. Jedoch will ich nicht läugnen, daß es besser wäre, man zöge solch elendes Zeug nicht so mit den Haaren in unsere fora, wie doch, leider! geschiehet, sondern beflieſſe sich in der application der Römischen Rechte allewege ein Auge auf den Zustand Teutschlandes zu richten, welches nichts von judicibus pedaneis und dem Jure formulario weiß, und seine Richter meistentheils durch besondere statuta in allen Fällen zur Billigkeit anweist. vide die Chur-Sächß. Proceß-Ordnung. Bastineller diss. de Select. quibusd. a Doctoribus receptis sentent. Thesi. 4.

§. XVIII.

Ferner distinguirt man die Contracte in veros & quasi contractus, welches von der unterschiedenen Art des consensus herkommt. Denn, wenn man expresse oder tacite durch gewisse Merckmaale consentirt, so heißt es contractus verus; wenn aber das Gesetze den consensum suppliren und præsumiren muß, so heißt es quasi contractus.

§. XIX.

Die veri contractus sind wiederum vel innominati, welche kein nomen legale oder approbirten Contracts Nahmen, wohl aber eine causam haben, d. i. da von einer Parthey bereits das Ihrige præstirt worden ist. Denn wo keine noch nichts gethan, heißt es, wie oben ge-

gedacht, ein pactum nudum. Es werden aber solche contractus innominati abgetheilt in regulares und irregulares. Regulares sind diejenigē, die weder ein nomen Lexicum noch juridicum eines Contracts haben, als da sind do, ut des: facio, ut facias: facio, ut des: do, ut facias. Irregulares aber sind, welche zwar ein nomen Lexicum, aber kein legale haben, als da ist v. g. der Tausch oder die Permutatio. Dieser heißt zwar im Lexico mit einem Worte permutatio, die Juristen aber erkennen ihn vor keinen Contracts-Nahmen, welches wiederum eine recht abgeschmackte Grille der Römer war, womit sie die Jurisprudentz schwer, und dem gemeinen Volcke einen blauen Dunst vor die Augen machten.

§. XX.

Die contractus nominati aber werden abgetheiliet in reales, verbales, litterales und consensuales.

§. XXI.

Die reales sind diejenigen, welche eine Ubergabe der Sache erfordern, als da ist das Darlehn, s. mutuum, das commodatum, depositum und pignus. Ehe und bevor mir eins eine versprochene Sache würcklich lehnt, oder bey mir deponirt &c. wird es vor kein mutuum und depositum &c. gehalten, sondern nur vor ein pactum nudum, welches nach dem jure Romano keine actionem giebet. Bey uns aber kan

ich

ich einen schon belangen, wenn er mir nur etwas zu leihen versprochen, und war es würcklich eine caprice der Römer, daß sie einen solchen contract ante traditionem nur pro pacto nudo hielten. Daher auch diejenigen sehr thöricht handeln, welche diese Sache in der Natur dieser contracten suchen wollen, da sie doch als pacta nuda zum wenigsten naturaliter obligiren. Sonst differiren diese 4. contractus dergestalt, daß mutuum ein Darlehn bedeutet, da ich einem eine Sache eigenthümlich übergebe, mit dem Beding, eben dergleichen mir wieder zugeben. v. g. Wenn mir einer 1000. Thaler leihet, ihm andere 1000. Thl. in 2. Jahren wieder zu geben. Dieser Contract ist vom Commodato darinnen unterschieden, daß er das dominium rei mutuæ transferirt, dahingegen ein Commodatum heißt, wenn man einem eine Sache zu seinem Gebrauch leihet, daß er uns eben selbige wiedergeben muß. Als wenn ich v. g. einem ein Pferd leihe. Es muß aber solches umsonst geschehen, denn sonst heißt es eine locatio, conductio, und das Pferd heißt ein Mieth-Pferd. Depositum ist, wenn ich einem etwas auffzuheben gebe, und pignus heißt, wenn ich einem etwas verpfände, es mag nun eine res mobilis oder immobilis seyn, und differirt dieser Contract darinn von der hypothec, daß bey dieser einer die verhypothecirte Sache, sie mag nun mobilis oder immobilis seyn,

im

im Besitz behält, das Pfand aber dem Pfands Inhaber zur Verwahrung geben muß.

§. XXII.

Contractus verbales sind, wenn man zu einem pacto oder contractu noch eine besondere Versicherung durch das Wort stipulo, & fide jubeo hinzu thut. Denn gleichwie wir unter denen Teutschen den Handschlag vor eine grössere Versicherung halten, als wenn mir einer eine Sache schlecht weg zugesagt, also hielten auch die Römer das Wort stipulo, welches ich, wenn ich es Teutsch geben solte, durch das Wort, top, ein Wort ein Mann ꝛc. aussprechen würde, und die Bürgschafft für eine grössere Versicherung. Hieraus erscheinet, daß keine Stipulatio, und keine fidejussio seyn konte, wo nicht ein Contractus oder pactum vorher gieng. Gieng ein Contractus vorher, daß man v. g. einem etwas verkauffte, u. er brauchte das Wort stipulo, oder ein anderes gleichgültiges, so hatte es den effect, daß es nunmehro ein contractus stricti juris war, da es hingegen der blosse contractus emtionis bonæ fidei gewesen wäre. Wenn aber nur ein nudum pactum vorher gehet v. g. daß mir einer mit Hand gegebener Treue, oder auf seine parole, und wie es die Römer aussprachen (si stipulatus promittebat) versprochen, er wolle mir 1000. Thlr. leihen: so war es nun kein pactum nudum mehr, sondern es gab eine völlige actio-

nem,

nem, ihn zu zwingen, daß er es leihen mußte. Aus diesem allen ersiehet man, daß Stipulatio eine geforderte cautio verbalis, und keine interrogatio sey. Wie es denn gnug war, wenn einer durch einen Brief, auch ohne des andern Vorschlag, sich bey seiner parole oder per vocabulum stipulationis zu etwas verpflichtete. Eben als wie die Bürgschafft nicht eben erfodert, daß ich einen frage, ob er caviren will? sondern er kan sich selbst ungefragt darzu offeriren. Endlich ist noch zu bemercken, daß beyde contractus verbales, so wohl die stipulatio als fidejussio nur unilaterales seyn, und nur denjenigen verbindet, welcher cavirt, und seine parole von sich gegeben.

§. XXIII.

Der contractuum litteralium ist nur einer, der chirographarius, oder wenn man einem eine Handschrifft giebt. Es ist damit, wie mit der stipulation und fidejussion, daß allemahl ein anderer Contract vorhergehen muß, worüber man eine Handschrifft giebt, u. wird deswegen vor einen besondern contract gehalten, weiln man sich besonders erst vergleichē muß, ob man eine Handschrifft haben will, oder nicht. Ich kan ja einem etwas leihen, und keine Handschrifft darüber nehmen, hingegen muß ich es mir besonders bedingen, wenn ich eine haben will. Die Würckung davon ist diese, daß mir alsdenn einer nach Verfliessung zweyer

Jah-

Jahre die exceptionem non numeratæ pecuniæ nicht vorschützen kan, da hingegen ohne Handschrifft, solche exceptio so lange währt, als meine action noch nicht præsentirt ist. Ausser diesen hat eine Handschrifft keine sonderliche Würckung, wie sie denn einen contract nicht gültiger macht, sondern nur mehrere Sicherheit giebet, indem man die Irrungen, wenn sie der andere läugnet, leichter beweisen kan.

§. XXIV.

Die vierdte und letzte Gattung der contractuum verorum sind die consensuales, bey welchen der blosse Consens zulanget, als da ist emtio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum. Zur Ursach giebt Herr Thomasius in seinen Institutionibus Jurispr. divinæ diese an, daß anfänglich alle Contracte unter gewissen Formulen geschehen, und die tradition darzu kommen müssen. Alldieweiln aber die Commercia dadurch gar sehr gehemmet worden, und fremde Nationen angestanden, auf solche Art von denen Römern sich hinters Licht führen zu lassen; so habe man vor nöthig, und dem Staat zuträglich erachtet, denenjenigen cotracten, welche im Handel und Wandel vorkommen, diese Last abzunehmen, und den blossen Consens zu deren Gültigkeit genug seyn zu lassen, woher man sie hernach consensuales genennet, nicht als wenn zu denen andern contracten nicht auch ein consens erfordert

wird:

wird: sondern weil hier der blosse consens ohne tradition, stipulation, und Handschrifft verbindlich machet.

§. XXV.

Auf die veros contractus folgen nun die quasi contractus, welche sich auf den consensum præsumtum gründen, so von dem expresso und tacito wohl zu unterscheiden ist; angesehen der tacitus gleich dem expresso einen verum contractum machet. Die Doctores Juris naturalis nennen consensum expressum, wenn man sich mündlich oder schrifftlich erkläret, tacitum, wenn man sich durch Zeichen declarirt, v. g. durch wincken und dergleichen, siehe den §. 28. L. 1. c. 1. und præsumtum, wenn entweder der lex ohne ein darzwischen kommendes factum aus der blossen Billigkeit den consensum supplirt, oder ein gewisses factum vor eine declarationem consensus hält, wenn gleich der andere dabey das Gegentheil bey sich gedacht. Aus diesem fundamento folgt von selbsten, daß ein eintziger contractus balde ein tacitus, bald ein expressus seyn könne. Z. E. Wenn sich einer in ein Wirths-Hauß setzt, und fordert zu essen, mit der intention, daß er es bezahlen will, so ist es nothwendig ein contractus tacitus, weil er hier seinen Willen durch Zeichen v. g. das fordern, declarirt. Wenn er aber den Wirth zu betriegen im Sinne hätte, so kan es kein consensus tacitus mehr heissen, sondern da muß der Lex: nemo cum alterius damno locupletior fieri debet, den consensum præsumiren und suppliren. Wiewohl es gar

keines consensus ficti von nöthen, indem einer ja immediate per legem ohne seinen consens kan obligiret werden. vid. §. 1. hoc cap. Ob nun wohl dieses alles von denen ICtis recentioribus gar wohl urgirt wird; So ist doch der Sache dadurch auch nicht geholffen, sondern man setzt die Lehre de contractu tacito & præsumto auf Schrauben, indem man den Unterschied auf die Gedancken des contrahirenden ankommen läst. Dahero das Röm. Recht gar wohl handelt, daß es einige contractus einmal vor allemal pro præsumtis declarirt, wenn auch gleich ein consensus tacitus in einem Falle mit unterläufft. Nach diesem jure nun ist der consensus præsumtus zu beschreiben, daß er sey, wenn der Lex civilis entweder immediate und ohne ein vorhergehendes factum nach der natürl. Billigkeit einen consensum fingirt, oder ein gewisses Factum dafür erkläret, daß derjenige, so es thut, vor consentirend gehalten wird, er mag nun bey sich dencken, was er will. Von beyden ein Exemple zu geben: So kan ich auf jemands Sachen etwas wendē, welcher nichts davon weiß, und also weder expresse noch tacite in die Sache consentirt. Ja er kan es von ferne sehen, u. gar bey sich dencken, er wolle ihm, dem negotiorum gestori nichts gut thun. Dem allen ohn erachtet, so muß er dem gestori restitution leisten, deswegen, weil es zu seinem besten verwendet worden, und zum wenigsten die intention des gestoris gut gewesen. Nemo vero cum alterius damno locupletior fieri de-

bet. Wenn aber einer eine Erbschafft antritt; so ist er, ob er gleich bey sich ein anders gedacht, dennoch vor den Verstorbenen unter andern deswegen zu halten verbunden, weiln der lex civilis die Antretung einmahl vor allemahl vor einen actum declarirt, welcher einen consensum bedeuten soll. Die übrigen quasi contractus sind tutelæ administratio, rerum Communio, Communio finium, Datio ob causam, solutio indebiti, receptio in navim, cauponam &c. wovon man in allen Compendiis eine gnugsame Erklärung finden kan, was ein ieder heisse. Ich will an dessen statt, die Lehre de Culpis mit nehmen, weiln sie doch insgemein von denen Doctoribus an die contractus mit angehängt zu werdē pflegt, auch in dieser doctrin den meisten Nutzen hat.

§. XXVI.

Eine solche Culpa ist eine Nachläßigkeit, und Verschuldung, da man etwas nicht so sorgfältig in acht genomen, als man wohl gekunt und gesollt hätte. Derselbigen wird die Sorgfältigkeit oder Diligentia entgegen gesetzet, aus deren Verabsäumung hernachmals eine culpa erwächst. So vielerley nun die Sorgfältigkeit ist, so vielerley ist auch die culpa, und könte man gar viele gradus derselben machen. Die Jura Romana haben nur dreyerley Gattung der diligentiæ und Sorgfältigkeit zu machē beliebt.

§. XXVII.

Das eine ist die allergemeinste Sorgfältigkeit, die ein jeder Mensch, wenn er seine 5. Sinnen nicht gar verläugnen, und von der Welt nicht

vor einen albernen Menschen gehaltẽ seyn will, inacht zu nehmen pflegt. Wer diese Sorgfältigkeit bey einer Sache nicht einmal adhibirt, dessen Schuld ist recht groß, ja die allergröste, und giebt ein solcher Gelegenheit, daß man gar auf die Gedancken gerathen kan, es sey eine Boßheit oder Hinterlist darunter begriffen, welche von denẽ legibus allezeit billig noch härter angesehen wird, als eine blosse Fahrläßigkeit. Eine solche culpa heißt nun culpa lata, und wird aus angeführten Ursachen in contractibus, nicht aber in delictis, dem dolo gleich geschätzt, und muß einer vor den Schaden, welcher aus dieser groben Fahrläßigkeit entstanden, dem andern gut thun, es sey in welchem Fall es immer wolle. Daher sagen die Juristen: lata culpa præstatur in omnibus contractibus. Also wenn einer einen ihm aufzuheben gegebenẽ Diamant-Ring in einem Gast-Hoff aufs Fenster legen, und in Gegenwart einer grossen Menge Leute hinaus gehen wolte, so würde es culpa lata seyn, wenn der Ring g estohlen worden.

§. XXVIII.

Die andere oder mittlere Sorgfältigkeit, ist diejenige Behutsamkeit, welche ein ieder Künstler und Handwercker bey seiner Profession in acht nehmen solte, und sonst ein jeder nur etwas behutsamer und vorsichtiger kluger Mensch beobachten wird. Man sieht aus dieser definition gar wohl, hätte es auch aus der vorhergehendẽ schon wahrnehmen köñen, daß es zwar in generalibus leicht weg gesagt, in der application aber

desto

desto schwerer sey, und daß es mit denen culpis ein groß Theil darauf ankommt, wie klug oder tumm ein Schöppe und Facultiste die Sache ansieht. Also ist in generalioribus ausgemacht, daß die culpa levis oder media in allen denenjenigen contracten muß præstirt werden, wo beyde contrahirende Theile Vortheil davon habē, v. g. beym Kauff, und wenn man etwas bey einem Handwercker reparirē läst, item, weñ man einer Post und Land-Gutsche etwas mit giebt. Weñ man aber einen casum setzt, so wird einer es vor ein grosses, der andere vor ein kleines Versehen halten. Also wenn ein Land-Gutscher eine mitgegebene Schachtel mit Gold und Silber wissentl. in den Wagen unter die Kleider steckte, und nicht in die Gutsch-Lade verschlösse, gleichwol aber des Nachts im Wirths-Hause von dem etliche Jahre ihm treu u. wachsam gewesenen Hauß-Knechte die Gutsche bewachen liesse, und die Schachtel käme weg: so hält es ein kluger und sehr sorgfältiger vor einē rechten groben Narren-Streich des Gutschers, ein anderer etwas nachläßigerer Urtel-Sprecher aber vor ein mittel Versehen, und noch ein anderer wohl gar vor einen sehr geringen Fehler, wie man denn von diesem casu beym Harprecht in consiliis gar unterschiedlich raisonirt antreffen wird. Dieser Ursache halber komen auch die Urtel hernach so unterschiedlich von der Sache. Der erste und andere sprechen, der Kerl müsse bezahlen, der letztere aber sagt nein, weilen bey einē solchen contract, da beyde con-

trahenten ihren Genuß davon haben, nur culpa media præstirt werde.

§. XXIX.

Die dritte Art der Sorgfältigkeit ist diejenige, welche ein kluger und ängstlich besorgter Mensch bey einer Sache anzuwenden pfleget, deren Verabsäumung culpa levissima heist, und in solchen contracten præstirt wird, wovon nur einer einen Nutzen hat. Also wenn ich einem etwas umsonst leihe, so ist er mir auch das geringste Versehr zu ersetzen schuldig, wenn durch solches die mir abgeborgte Sache etwan Schaden gelitten. Doch muß auch diese culpa levissima von denen Gastwirthen, Schiff-Leuten, und Stabulariis oder bey denen man die Pferde einstallt vermöge einer besondern Verordnung der Gesetze præstirt werden, unter welche einige unserer Ober-Sächsischen Academien auch die Fuhrleute und Land-Gutscher ob identitatem rationis, welche sie mit den Schiff-Leuten haben, rechnen wollen. Es zeigten aber die Herren Tübinger in dem beym Harprecht angeführten Responso gar gründlich, daß es des Juris Romani Meynung nicht sey, angesehen man zu Rom aus besondern Ursachen solche Verfassung in odium nautarum, cauponum &c. gemacht, welches odium man ja vor sich andern, welche der Lex nicht ausdrücklich nennet, nicht auffbürden könne.

Das

Das VI. Capitel
Von Verbrechen.

§. I.

DEr Ordnung zu folge, kommen wir auf die Verbindlichkeit, so ex delictis entsteht, oder auf die Verbrechen selbsten. Die Grundsätze dieser doctrin, und der Schlüssel zur gantzen criminal steckt in der Lehre de actione hominum, welche man in der moral suchen muß. Denn daselbst erfährt man aus dem Grunde, wie weit dem menschlichen Verstand Gesetze vorgeschrieben werden könnē, bey welchen Umständen man denen menschlichen Affecten etwas zu gut zu halten hat, oder nicht, und wie weit einen der Zwang und Furcht zu etwas anzutreiben vermöge. So giebt auch die Lehre vom Irrthum, von der Unwissenheit, nicht weniger die unvergleichliche doctrin, de causa morali, und de imputatione eine so tieffe Einsicht in die eigentliche Beschaffenheit eines Verbrechens, daß man dieserwegen alleine das jus naturale erlernen solte. Besonders da einem Richter fast nichts nöthigers ist, als die delinquenten Sachen aus dem Grunde zu verstehen, auch bey keinem Stücke der Rechts-Gelehrsamkeit mehr Vorsichtigkeit und Gewissen zu gebrauchen, als in delictis, sintemaln es da nicht um elende Güter, sondern um das Blut und Ehre eines Menschens zu thun ist.

§. II.

Mit einem Worte, es ist die Lehre de actionibus hominum ein general Commentarius zu allen delictis, und findet man selbige in des Herrn Thomasii institutionibus Jurisprudentiæ divinæ L. 1. c. 1. am besten ausgearbeitet, wohin ich dieses mahl verweisen muß, weiln ich allhier das blosse jus naturæ zu lehren nicht gesonnen bin.

§. III.

Ich will statt dessen die Eintheilungen derer Verbrechen ein wenig beleuchten. Man dividirt selbige überhaupt in publica und privata, welche Eintheilung sich nicht so wohl auf die Natur der Sache, als der Römer ihre caprice gründet. Der Natur der Sachen nach, müssen dasjenige delicta publica seyn, welche ohnmittelbahr wieder den Staat begangen werden, als crimen læsæ majestatis, und privata, da erstlich ein privatus, und unter demselben hernachmahls die Republique lædirt wird, angesehen doch endlich der Schade eines jeden delicti sich auf die Republique ergiest. Alleine nach dieser Beschreibung müste so wohl der Ehebruch, als auch das homicidium, welche jure Romano zu denen delictis publicis gehören, ad delicta privata gerechnet werden, sintemaln bey einem Ehebruch hauptsächlich der unschuldige verehligte Theil, und bey dem Todschlag der Entleibte und dessen Anverwandten lædirt werden, wie man denn auch in Rechten darauf regardirt, wenn bey einem Ehebruch der beleidigte eheliche Theil seine læsion verschmertzen will.

§. IV.

So kommt auch die distinction darauf nicht an, daß die publica delicta etwan grösser und wichtiger wären, als die privata. Denn obwohln nicht zu läugnen, daß einige unter denen publicis weit wichtiger seyn, als die privata, als da ist das Laster beleidigter Majestät, die Sodomie, die Hexerey 2c. so giebt es doch auch unter denen privatis einige, welche einigen publicis an Grösse nichts nachgeben. Wir straffen ja in unsern Gerichten den Strassen-Raub höher, als den blossen Mord, und den Diebstahl höher, als das stuprum, da doch die erstern ad privata, und die andere ad publica delicta von denen Römern gerechnet werden.

§. V.

Am besten ist es, man sagt, diejenigen sind delicta publica, welche die Römer durch besondere Gesetze dazu erklärt haben, wozu sie der Zustand ihrer Republique wohl mag angetrieben haben. Es ist ein delictum in einer Republique immer frequenter als in der andern, und verdient daher im̃er in einer mehr Verordnung als in der andern. Die Sodomie ist bey denen Italienern viel frequenter als bey denen Teutschen, und war allerdings nöthig, daß die Römer solchem Laster mit besonderen Verordnungen vorbeugtẽ, und selbiges unter die delicta publica rechneten, damit ein ieder, der solches delictum sähe, den Verbrecher anklagen könte. Dann das war unter andern der Unterscheid unter denen delictis privatis und publicis, daß

in jenen nur derjenige klagen kunte, welcher beleidiget worden war, v. g. deme die Sache gestohlen wordē war; in diesen aber einem jeden im Volcke die Anklage frey stunde, welches auch bey uns noch seine Würckung hat. Denn obwohln auch in privatis delictis der Richter auf eines jeden Bürgers Angeben, ja so gar auf den gemeinen Ruff, zumahl in Diebstahl und Raub ꝛc. ex officio inquiriren muß: So kan doch niemand als v. g. der bestohlene und beraubte eine ordentliche Anklage wider den delinquenten formiren. Wiewohl man überhaupt heutiges Tages gar selten per processum accusatorium verfährt, weil selbiger vor den accusatorem gefährlicher ist, sondern man pflegt an deren statt zu denunciiren, da denn der Richter ex officio verfahren muß.

§. VI.

Die Delicta privata sind wiederum vel verá, vel quasi delicta. Die Vera delicta seyn, welche aus einem Vorsatz oder Malice herrühren; die quasi aber sind, wenn etwas nur aus einem Versehen geschehen, ausgenommen im damno injuria dato, welches zu denen veris delictis von denen Römern gezehlet worden, weñ gleich der Schade nur aus einem Versehen erwachsen.

§. VII

Die Vera delicta sind der Diebstahl, der Raub, Zufügung eines Schadens und injurien, deren iede Gattung ich besonders hier

durchgehen solte. Alldieweiln aber die subdivisionen in allen compendiis vorkommen, und nicht so wohl zu denen Grund-Sätzen, als der Ausführung derselben gehören: so mag es dabey immer sein Bewenden haben.

CAPUT De actionibus.

§. I.

Es ist nicht genung, daß ich wisse, wessen ich gegen einem andern zu thun befugt bin, und was er mir zu leisten schuldig ist; sondern ich muß auf den Verweigerungs-Fall ein Mittel haben, wie ich zu meinem vorenthaltenen Rechte kommen kan. Solches ist nun die Klage oder die actio, womit es zu Rom diese Bewandtnüß hatte:

§. II.

Erstlich gestatteten die Gesetze nicht in allen Fällen zu klagen, obgleich dasselbige der Billigkeit gemäß wäre, oder besser zu reden, die Gesetze waren Anfangs wenig, und kunte nicht anders seyn, als daß viel Dinge ungeklagt erdultet werden mußten, weiln die Richter an die Gesetze gewiesen waren, und einem Kläger nicht helffen kunten, wenn das Gesetze von dem casu nichts disponirt, und ihm keine action ver-

stat-

stattet hatte. Also kunte ich nicht klagen, wenn iemand v.g. ein mit mir errechtetes pactum nudum nicht halten wolte. Item wenn mir einer 200. Thlr. versprochen, daß ich ihm zu einem Dienste mein votum geben soll, kan ich deswegen im Verweigerungs-Fall nicht klagen, weil die Rechte nicht haben wollen, daß man die Aemter durch Geld erkauffen soll. Alldieweiln aber wegen solcher Wenigkeit und Strengigkeit der Gesetze öffters ein ehrlicher Mañ hülffloß gelassen wurde, welcher billiger Weise etwas zu fodern hatte; so legten sich die Prætores, welche ohnedem das Recht hatten, die allzu harten Gesetze zu mildern, ins Mittel, und, da zuvor v. g. ein emancipirter Sohn ohne einig Wesen vom Vater im Testament præterirt werden kunte, gab ihm der Prætor das Recht, wieder den Erben zu klagen, welche Klage bonorum possessio hiesse.

§. III.

Es war aber nicht genug, daß einer zu Rom eine Klage hatte, sondern er mußte auch wissen, wie er selbige vortragen solte. Denn da hatte eine iedwede Klage ihre besondern Worte und Formul, worin man keine Sylbe fehlen durffte, wenn man nicht alles seines Rechts beraubet seyn wolte. Es hiessen dasselbige actionum formulæ, u. sind vom Brissonio mit größtem Fleiß zusamen getragen worden. Und ob wohl Flavius das actionen Buch dem Volcke publicirt, so machtē die Juristen doch andere Formuln, wor-

nach

nach die Kläger sich richten mußten. Die Ursache solcher Formuln war keine andere, als das Volck zu scheren, und ihnen die Rechts-Gelehrsamkeit schwer zu machen, damit man der Juristen bey keiner Sache entbehren könte. vid. Stryck. diss. de Processu Juris Romani antiquo.

§. IV.

Weñ nun einer klagen wolte, so muste er sich erstlich in denen Legibus, u. an des Prætoris seiner actionen-Taffel, die er bey Anfang seines Regiments aushängen liesse, erkundigen, ob er eine Klage habe, und wie dieselbe heisse? Alsdenn mußte er von einem Juristen ꝛc. sich die Formul sagen lassen, welche er in gegenwärtiger Klage zu gebrauchen, damit wanderte er nun ad Prætorem, und erzehlete den Nahmen seiner Klage, und was derselben anhängig, durch seine Formuln her, da er sich denn sehr in acht zu nehmen hatte, daß er nichts mit einfliessen liesse, welches der Natur derselben action nicht gemäß.

§. V.

Denn da hat eine iedwede action ihre besondere Natur und fundament, zumal wenn man in einem casu offt 2. 3. und mehr unterschiedne Klagen hat. Z. E. Wenn ich redlicher Weise von einem, dem die Sache selbst nicht zugehört, etwas kauffte, und es kommt mir wieder von handen: So kan ich auf zweyerley Art klagen. Einmal als Herr der mir entwende-

deten Sache, welches rei vindicatio heißt. Alldieweiln aber das Eigenthum und daß ich Herr sey, allhier gar schwer zu beweisen, so thue ich besser, ich sage zum Richter: Domine judex, ich habe dieses Ding eine Zeit bona fide besessen, und ist mir diebischer weise von Handen kommen, setze mich wieder in den Besitz desselben, welches alsdenn actio publiciana hiesse, und sich auf den Besitz, und die fictam usucapionem gründet, da hingegen die rei vindicatio das Eigenthum zum Grunde legte. Wenn man nun ad Prætorem kam, und v. g. sagte, man wolle actionem Prætoriam publicianam anstellen, das ist: als ehemaliger bonæ fidei possessor klagen, so durffte man kein Wort vom Eigenthum und vindiciren gedencken, wiedrigen Falls der Prætor die Klage verwarff.

§. VI.

So sahe es nun mit denen Klagen zu Rom aus, wovon ein ziemliches in unsere fora mit eingeschlichen. Denn ob wir wohl keine Prætores mehr haben, so ist doch davon noch übrig, daß die actiones Prætoriæ in einem Jahre præscribirt werden, da hingegen die civiles länger gelten. Welche actiones nun Prætoriæ seyn oder nicht, dasselbige kan man gar leichte wissen, weilen es allemal in jure dabey steht, ob die leges, oder der Prætor selbige eingeführt.

§. VII.

§. VII.

So ist auch dieses in unsern foris übrig, daß wir in Gerichten nicht gehört werden, wenn wir in denen Rechten und Herkommen keine fundirte Klage haben. Und ob wir wohl solche in unsern Klag-Schreiben nicht eben nennen dürffen; so müssen wir sie doch so beschreiben, daß sie der Richter von einer andern unterscheiden kan, dürffen auch sonst nichts einmischen, welches der Natur solcher action nicht convenable ist, wiedrigen Falls, wir das Urtel kriegen: daß Klage, in massen sie angebracht, nicht statt habe, und sind die Herren Advocaten mit ihren Exceptionibus obscuri libelli, actionis non competentis überaus hurtig. vide omnino Stryck. tract. de actionibus caute investigandis & in usu Moderno Tit. de actionibus & obligat.

§. IIX.

Die Sache mit einem deutlichen Exemple zu erläutern: So sind die querela nullitatis, die querela inofficiosi Testamenti, und die actio suppletoria drey gantz verschiedene Klagen. Die erste findet statt, wenn v. g. ein Vater einen Sohn gar mit Stillschweigen im Testament übergangen, wodurch ein Testament null uñ nichtig wird. Die andere stellt man an, weñ v. g. der Vater den Sohn zwar nahmentlich enterbt, der Erbe aber die im Testament angegebene Ursache nicht beweisen kan. Die dritte wird angestellt, wenn v. g. ein Sohn im Testament zwar etwas, aber nicht so viel als

das

das Pflicht-Theil austrägt, gelassen worden ist. Da kan er klagen, daß ihm das, was an dem Pflicht-Theil mangelt, suppliret werden muß, das Testament aber kan er deswegẽ nicht über den Hauffen schmeissen. Wenn nun einer, der v. g. aus einer unerwiesenen Ursache enterbet worden, klagen wolte, daß der Richter ihme zum wenigsten zu seinem Pflicht-Theil verhelffen solte, oder es wolte einer, dem etwas im Testament gelassen wordẽ, bitten, daß der Richter das Testament vor null u. nichtig erklären möge; so würde man ihm billig exceptiones confusi libelli, & non competentis actionis opponiren köñen, und das Urtel würde lauten, daß Klage nicht statt finde.

§. IX.

Aus diesen allem ergiebt sich nun von selbstẽ, daß wir uns allerdings auch noch heutiges Tages um die Nahmen, die Eintheilungen, die Natur und Eigenschafft einer ieden Klage zu bekümmern haben, damit man in solchem Falle ja nicht verstosse. Den Catalogum der actionum trifft man zwar überall an, die eigentliche Natur aber derselben muß man bey denen Commentatoribus, und in denen legibus selber suchen, da man denn finden wird, daß Stryckii Tractat: de actionibus caute investigandis, nicht allemal gar zu richtig urtheile, wie ihm Herr Reichs-Hoffrath Lyncker, und andere dargethan.

* * *

Re-

Regiſter.

Die Zahl bedeutet die Paginam.

Actio,
was ſie ſey 203
was es vor Beſchaffenheit damit zu Rom gehabt 203
warum man nicht in allen Fällen Actiones hatte ibid.
die Natur ieder Action muß man auch noch heutiges Tages wiſſen 208
man kan offt mehr als eine Action haben 206
was von dieſer Lehre in unſern Foris noch übrig, 207

Actionum formulæ,
was es damit vor Bewandniß gehabt 204

Antinomien
ſind genung in Jure Rom. 8

Antiqvitäten der Römer
muß man wiſſen 9. 50

Ariſtotæliſche Philoſophie
macht viel Unheil in Jure 6

Auctoritas tutoris,
wie ſie vom conſenſu curatoris zu unterſcheiden 96
welches auch noch bey uns einigen Uſum hat, 97

Auslegung
muß nach denen principiis Sectæ gemacht werden, welcher der Redende zu gethan geweſen, 2

Bewegliche Sachen

aus was vor einen Grunde sie von denen unbeweglichen wohl unterschieden werden können 133
Nutzen der Distinction in bewegliche und unbewegliche 134
Bewilligung siehe Consens.
Braut,
was es sey 85
Rechte derselben ibid.
Bürgschafft 190
Canonische Rechte,
wie weit sie gelten 39
Cammer-Gerichts Ordnung
hat das Jus Romanum authorisirt, welches wider Thomasium und Kulpisium behauptet wird 41
Capitis deminutio 55
was und wie vielerley sie sey? 56
minima 58
Chirogoapharius contractus 191
Comitia calata & centuriata
was das sey? 161. 162
Commodatum 188
Confirmatio tutorum ex ordinatione politica ist von der Römischen wohl zu unterscheiden 104
Consensus
der Ehleute darff nicht durch Hinterlist heraus gelocket werden 83
Streit der Juristen davon ist viel 84
ist vel præparatorius 84

Spon-

Sponsalitius, dessen Würckungen 85
matrimonialis, dessen Würckung 86
der Eltern in der Kinder Heyrath 90.91
warum der Mutter ihrer zu Rom nicht nöthig 90
des Curatoris ist nicht nöthig zur Heyrath 96
præsumtus, was er sey? 193
nach dem Jure Romano 194
tacitus 17.193
Contractus
unilaterales und bilaterales 184
bonæ fidei & stricti juris
woher diese Distinction entstanden 185
was sie bey uns gelte 187
nominati 187
differiren von pacto nudo ibid.
reales, als mutuum &c. 188
verbales 190
litterales 191
consensuales
deren eigentlichen Beschaffenheit 192
Copulatio siehe Trauung.
Criminal muß ein Richter wohl verstehen 199
Culpa, was sie sey? 195
Eintheilungen derselben sind in praxi sehr schwer zu appliciren 195
Curator
ist vom Tutore auf vielerley Art [illegible] noch bey uns unterschieden 93
dabatur volentibus ibid.
le-

legitimus war bey den Römern nicht, wohl aber bey uns 94
hat hauptsächlich vor die Güther zu sorgen, welches viel schöne Würckungen hat 95
ad certum negotium oder zu gewissen Sachen hat man auch Curatores 98
Darlehn 188
Definitones legales
sind nicht allemahl richtig 4
Deportatio in insulam nimmt die Hauß väterliche aber nicht väterliche Gewalt 76
Depositum 188
Delictum siehe Verbrechen.
Divisiones legales
sind nicht allemahl richtig 4
Dolus in accidentalibus
hebt die Ehe auff 83
Dominium siehe Eigenthum.
Dominium utile & directum 135
wie das utile vom Usu fructu zu entscheiden 136
Dunckelheit
wird von Juristen offt affectirt 7
Ehe,
was sie sey? 22, 23
ist ein pactum 83
ist eine geistliche Sache 92
welches eine Päbstliche Grille 92
siehe consensus.
Ehescheidung
ist von der annullatione zu unterscheiden 9

aus

aus was vor Ursachen beede geschehen 91
Eigenthum
in Ansehen GOttes hat niemand was eigenes 135
was das Ober Eigenthum der Republiqve sey? 135
wie das Eigenthum erlangt werde 136
wurde von den Römern mit dem Tode aufzuhören geglaubt 161
hegt eine Verbindlichkeit in sich, daß mich der andere nicht turbiren darff 177
Emancipatio 91
germanorum siehe qvasi emancipatio.
Emtor familiæ 164
Epkau de Repkau
wenn er gelebt 33
Erbe muß in einem Testament stehen, warum? 170
Erb Begräbnisse
wie sie von Geschlechts Begräbnissen unterschieden 131
Exceptione elisum und ipso jure nullum ist sehr unterschieden 174
Fahrniß und Fahrend habe ist unterschieden 134
Faust-Recht
hat Leibeigen gemacht 65
Fidejussio 190
Flüsse gehören ad regalia 125
Frau
kan munera publica bekleiden, und Vormund-

mundschafften in gewissen Fällen führen 109
Freyheit
kan verkaufft werden 60
die Teutschen verspielten sie 64
Freylassung der Knechte 63
Furcht
was sie bey der Ehe würcke 84
Furstnerii
Meynung de Jure Gentium 21
Fusia Caninia lex
was Gelegenheit dazu gegeben 63. 64
Fuhrleute,
ob sie den nautis gleich culpam levem præstiren 198
Galeren,
wie weit die Verdammung auf dieselbigen bey uns in usu 36
Gefangenschafft
machte zu Rom Knechte 60
woher es die Teutschen gelernet 64
Gelübde 178
Gerade
kan nicht verschenckt aber wohl verkaufft werden 165
ist eine Römische Grille 265
Gerechtigkeit
ist der Zweck der Rechts-Gelehrsamkeit 5
wird eingetheilet in
personarum & actionum 5
internam & externam ibid.

universalem & particularem, und diese wiederum in commutativam & distributivam 6
was von dieser Distinction zu halten 7
Gesetz-Geber
ist zum Gesetze eben nicht nöthig 15
Gewohnheit
soll unter den Völckern nicht verbinden 16
was dieselbe eigentlich sey 26
nach Römischen Principiis 27
Natur der Teutschen Gewohnheit 28
hebt vorhergehende Gesetze auff ibid.
Gräber,
was es bey den Römern und bey uns vor Beschaffenheit damit habe 130
siehe Sepulchra.
Grabmahle sind offt erblich 131
Groß-Mutter
wie sie Vormünderin seyn könen, siehe Mutter.
Groß-Vater
was es mit seiner Vormundschafft vor Bewandniß habe 76
Häfen
gehören ad regalia 125
Hals Gerichts-Ordnung Caroli V. gilt, warum? 37
Hauß-väterliche Gewalt differirt von der väterlichen 70
hat ihren Ursprung ex statu naturali ibid.
Würckung derselben 71
Herkommen 27

Hermenevtiqve
wird recommendirt 4
siehe Auslegung.
Historia Juris
was sie nütze sey 9
Jagd-Recht
gehört ad regalia 137
Jurisdictio
voluntaria extra territorium non exercenda 48
criminalis der Eltern über die Kinder bey den Römern 71
Jurisprudentia
was sie sey? 2
Jus divinum
positivum universale wird defendirt 11
Thomasii Meriten hierinne 12
forene 12
Jus Canonicum
wenn es gelte 30
Jus gentium voluntarium wird defendirt 14
Jus ad rem 173
Jus in re, was es sey? 118
wie viel es Species habe? 119
Jus Naturæ,
warum es ein Juriste zu studiren 9
dessen Eintheilungen 13
ist in foro ein Jus subsidiarium 51
hat großen Nutzen in der Criminal 199
Jus publicum
Germaniæ 25

Sa-

Saxoniæ 25
Jus vitæ & necis
exerciren die Leibherrn über ihre Leibeigne per modum jurisdictionis patrimonialis 66
Imitatio 17
Irrthum circa accidentalia hebt die Ehe auf 84
Ira irreconciliabilis
dessen Würckung bey Verlöbnissen 86
Kauff
zum Schein bey Testamenten und Graden 165
Kauff-Contract 192
Keyserlich Gemein Beschriebene Rechte 42.43
Kinder,
worzu sie gegen den Vater nach der Vernunfft verbunden 69
acqvirirten zu Rom alles denen Vätern 72
waren in gewissen Stücken übler dran als die Knechte 75
können de peculiis profectitiis & adventitiis nicht testiren 167
Klage, siehe actio.
Knechte sind keine Personen 54
warum sie den Römischen Herren mit ihren Leben unterworffen gewesen 61
Knechtschafft zu Rom 62
ihr Ursprung 64.65
ist in Teutschland vielerley 65
die Römische ist bey uns nur argumento legis applicable 68

Legatarius
kan Zeuge seyn beym Testament 171
Leibeigenschafft ihre Beschaffenheit 66
ihr Ursprung 64. 65
Lehn-Recht der Longobarder
wenn es in foris bräuchlich worden 35
von dessen Reception haben die Reichs- und Landes-Stände keinen Vortheil gehabt 36. 37
Libell
muß entweder den titulum oder modum acqvirendi enthalten 141
Libripens, was es sey 164
Ludewigs Joh. Petr. Klage
daß das Jus gentium voluntarium nicht excolirt werde 21
Lufft, ob sie eigen sey 124
Manumissio 63
Mauern,
warum sie bey den Römern heilig waren 132
Meer, ob es in Dominio 122
gehört nicht vor die Juristen zu decidiren 123
Meditation wird recommendirt 7
Mobilien
sind von rebus mobilibus unterschieden 134
Modi acqvirendi
sind von den titulis acqvirendi wohl zu unterscheiden 130
Moral, deren Nutzen in der Criminal 199
Mutuum 188
Mutter

wenn sie Vormünderin seyn kan 108. 110
wenn sie den JCto Vellejano renunciiren muß 111
Navtæ müssen culpam levissimam præstiren 188
Nachahmung,
wie sie vom consensu tacito unterschieden 17
Obligatio, was sie sey 173
civilis 174
naturalis 175
kommt offt immediate ex lege 177
Obscurität
wird in Jure offt affectirt 7
Occupatio ist ein modus acqvirendi 136
Oeconomia separata.
siehe separatio.
Opiniones communes 49. 50
Pactum, was es sey? 179
præparatorium 179
nudum 180
legitimum 182
adjectum 183
Peculia, deren Ursprung 72
Pfand,
wie es von der Hypothec unterschieden 189
Philosophia
wie sie von denen Stoiqvern definirt wird 2
ist einem Studioso juris nöthig 3
Posten,
ob sie wie die nautæ culpam levissimam præstiren müssen 188
Præscriptio

siehe Verjährung.
Qvasi emancipatio 80
wird von denen Juristen mit Grillen vermischt 51
Qvasi contractus
gründet sich auf den consensum præsumtum 193
Rechts Gelehrsamkeit
wird beschrieben 2.4
wird eingetheilt 10
Recht zu einer Sache
ist vel in re vel ad rem 118
Fundament dieser Distinction ibid.
das Römische. Siehe Römische.
Relegatio
ist von der Deportatione zu unterscheiden 56
Reichs-Abschiede
gelten in causis privatis 37
Res
communes, publicæ 122
nullius 126, 137
sacræ 127. 128
religiosæ 130
sanctæ 132
mobiles 133
Römische Recht
ist voll Fehler 7
ist das beste 7
wenn es in foris seine Krafft erreicht 40
hat durch die Cammer Gerichts-Ordnung seine Krafft erreicht, welches wieder

Thomasium defendirt wird 41. 42
thut den teutschen Ständen Schaden 46
bleibt ein Jus subsidiarium 47
muß salvo statu territorii applicirt werden 48
Sachsen Recht
das Churfürstliche 32
das gemeine, wovon die Juristen unterschiedene Meynungen haben 33
Epicrisis darüber 35
Sache,
was es bey den Juristen heisse? 121
Sctum Vellejanum
was es sey? 175
Separatio der Kinder
geschicht per separatam œconomiam 80
was dasselbige sey? 80. 81
soll mit der Eltern Bewilligung geschehen 81
Sepultura ist unterschiedlich 130
Servitus
ist von den Römern sehr cultivirt 141
ist ein Jus 142
præsuponirt, daß ein prædium servire 142
welches eine Römische Grille ist 177. 143
Tratition der Servitutum 144
die Species derselben stehen nach einander.
Sponsalia
per fecta conditionata &c. welche vorzuziehen 88
de presenti & de futuro 89
Staupenschlag
nimmt das Bürgerrecht 57

Ur=

Ursache dieser Lehre 57
andere Würckung dieser Straffe ibid.
Stand
was es sey, und wie vielerley? 53. 54
Stabularii müssen culpam levissimam præstiren 198
Statuten sind zweyerley 31
woher einige Städte das Recht Statuten zu machen haben 31
sind nicht alt 32
müssen nach Röm. Recht erklärt werden 31
Stoische Philosophie
ist einen Juristen nöthig 4
Stillschweigen ist nicht consensus tacitus 81
Testamenta wurden in comitiis gemacht 161
warum dieses abkam 163
geschahen per imaginariam venditionem 163
per æs & libram 164
erfordern continuitatem actus 169
müssen universal seyn, und kan keiner ex parte ab intestato sterben 169
Thomasii meriten 11
Titulus acqvirendi
ist vom modo acqvirendi zu unterscheiden 139
Trauung, ob sie zum Wesen der Ehe gehöre 87
Ursprung derselben 87
Tutor
ist vom Curatore auf viele Art auch noch bey uns unterschieden 93
imperfectus 104
honorarius 105
notitiæ causa datus ibid.
Tutela
pactitia, dativa &c. Siehe Vormundschafft.
Väterliche Gewalt
kommt aus dem Lichte der Vernunfft 69

ist

ist eine Last 69
Ursprung derselben bey den Römern 69
währte Zeit Lebens 74
fieng sich an, weñ das caput familiæ todt war 74
kommt keiner Frau zu 74
sah zu Justiniani Zeiten besser aus 75
kan durch den Verlust des Bürger-Rechts qvoad onera nicht genommen werden 76
hört durch die emancipation auff 77
item per servitutem pœnæ &c. ibid.
wie sie aus dem Römischen Rechte in Teutschland zu appliciren 78
ist bey uns nicht mehr bloß juris naturæ 82
Vater
hatte über der Kinder Leben und Todt zu gebiethen 71
Reliqvien davon ibid.
wird mit dem Sohn vor eine Person gehalten ib.
welches sich auff unsere fora nicht mehr schickt 79
kan mit dem Sohn nicht contrahiren 82
lucrirt den Gewinnst der Kinder 80
muß vor den Sohn in judiciis repondiren 73
ist natürlicher Vormund seiner Kinder 112
Venditio imaginaria 168
Verdammung auf die Galeren ist in usu 56
Verurtheilte zum Tode waren zu Rom Knechte 60
Verlöbniß
kan mutuo consensu nicht getrennt werden 85
man braucht keine justam causam zur Treñung 86
welche vorzuziehen, wenn zwey zusammen stossen. Siehe Sponsalia.
Verbrechen
publica und privata, welche Distinction untersucht wird 200
vera & qvasi 202
Verjährung, woher sie kömmt 138
Völcker Recht
das Willkührliche wird defendirt 14
des imperatoris seines wird verworffen 17

Vormundschafft
aus zu sagen, hat ihren Grund im Teutschen moribus, und wird gründlich defendirt 99
aus Testamenten, wovon mit Umständen gehandelt wird von pag. 107
der nächsten Anverwandten 108
der Obrigkeit oder die dativa 114
Vormünder müssen alle confirmirt werden, welches defendirt wird 116
Ubergabe. Siehe Traditio.
Ulpianus 2
Universitatis res 125
Usus fructus
gehört dem Vater von der Kinder Güthern 80
ist vom dominio utili wohl zu unterscheiden 136
Weiber
können Vormünderin seyn 109
können munera publica führen ibid.
können im Testament nicht zeugen 167
Würden, waren bey den Römern kein Stand 54
Zeugen im Testament
warum ihrer sieben seyn müssen 166
wer es seyn könne 167
warum sie gebethen seyn müssen 170

Druck-Fehler.

Weil dieses Werckgen allhier nicht gedruckt werden können; So wird der geneigte Leser die Fehler selbst corrigiren, worinnen man ihme in dessen versehen will. Pag. 10. §. 14. ließ Eintheilung vor Erzehlung. p. 33. §. 46. setze des Herrn Ludewigs Germaniam Principem, auf welchen das letzte allegatum zielt. p. 36. §. 61. lin. 12. setze vor Lehn, Lehre. p. 54. §. 6. setze zu dem allegato den Titul de Capit. deminut. p. 72. §. 12. in fin. setze vor Qvasi Castrensi nur castrensia. p. 74. §. 17. lin. 4. setze vor Vater Groß-Vater. p. 103. lin. 11. setze vor Feindschafft Freundschafft. p. 185. [illegible] e vor Tittul Zedel.

Vormundschafft
  aus zu sagen, hat ihren Grund im Teutschen moribus, und wird gründlich defendirt 99
  aus Testamenten, wovon mit Umständen gehandelt wird von pag. 107
  der nächsten Anverwandten 108
  der Obrigkeit oder die dativa 114
Vormünder müssen alle confirmirt werden, welches defendirt wird 116
Ubergabe. Siehe Traditio.
Ulpianus 2
Universitatis res 125
Usus fructus
  gehört dem Vater von der Kinder Güthern 80
  ist vom dominio utili wohl zu unterscheiden 136
Weiber
  können Vormünderin seyn 109
  können munera publica führen ibid.
  können im Testament nicht zeugen 167
Würden, waren bey den Römern kein Stand 54
Zeugen im Testament
  warum ihrer sieben seyn müssen 166
  wer es seyn könne 167
  warum sie gebethen seyn müssen 170

Druck-Fehler.

Weil dieses Werckgen allhier nicht gedruckt werden können; So wird der geneigte Leser die Fehler selbst corrigiren, worinnen man ihme in dessen versehen will. Pag. 10. §. 14. ließ Eintheilung vor Erzehlung. p. 33. §. 46. setze des Herrn Ludewigs Germaniam Principem, auf welchen das letzte allegatum zielt. p. 36. §. 61. lin. 12. setze vor Lehn, Lehre. p. 54. §. 6. setze zu dem allegato den Titul de Capit. deminut. p. 72. §. 12. in fin. setze vor Qvasi Castrensi nur castrensia. p. 74. §. 17. lin. 4. setze vor Vater Groß-Vater. p. 103. lin. 11. setze vor Feindschafft Freundschafft. p. 185. [illegible] li[illegible] or Tittul Zedel.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glafey, Adam Friedrich,

Adam Friedrich Glafeys, Phil. & J.V.D. Grund-Sätze der Bürgerlichen RechtsGelehrsamkeit Durch die gesunde Vernunfft, die Römischen und Teutschen Antiquitäten von ihren Schlacken gesaubert, und nach Ordnung Der Institutionum zu nützlichen Gebrauch eingerichtet, Nebst einem Register

Leipzig 1720

Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/Jur.573
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11100676-8
VD18 14554747-006